

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE ALBERTO ESCALLÓN CUBILLOS 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., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 17 de febrero de 2022 por la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

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 al doctor Nelson Segura Vargas, quien se identifica con T.P. 344.222, como apoderado principal de la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ALBERTO ESCALLÓN CUBILLOS 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, con fundamento en que las AFP demandadas lo *engañaron* al proporcionarle información falsa y falta de claridad. Conoció a las referidas entidades en su lugar de trabajo, en que se le indicó que el ISS estaría próximo a liquidarse y debía trasladarse *cuanto antes* a una AFP como su única alternativa viable, en la que obtendría una mejor *tasa de reemplazo* al pensionarse, sin indicar ventajas ni desventajas de los regímenes, así como tampoco la forma en la que se calcularía su prestación ni se elaboró una proyección de la misma. Como consecuencia de lo anterior pide se ordene a COLPENSIONES actualizar su historia laboral y tenerlo como su afiliado, y a la AFP PROTECCIÓN el traslado de los aportes, rendimientos y demás dineros que se encuentre en su cuenta de ahorro individual *bonos pensionales*, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos y cuotas de administración debidamente indexadas, que hubieren recibido con motivo de su afiliación, sin que se realice descuento alguno (ver demanda en archivo 01 folios 5 a 30).

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 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 verbal de manera clara, precisa y veraz las características de dicho régimen, según las normas vigentes para la época. En todo caso, el actor es una persona capaz para decidir sobre su régimen pensional y la eventual omisión en el deber de información no puede verse en abstracto sino para cada caso particular, sumado a que era su deber informarse sobre el acto jurídico de traslado, la cual se encuentra contenida en la Ley, sin que una diferencia en la mesada pensional pueda ser excusa para pretender la nulidad o ineficacia de la afiliación. No se demuestra en el plenario acto atentatorio alguno respecto del derecho de afiliación, según lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. El actor ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al trasladarse al interior del mismo y no haber optado por cambiar al RPM antes de encontrarse incurso en la restricción contenida en la Ley 797 de 2003. Consideró que, en todo caso, no es procedente la devolución de aportes, rendimientos o gastos de administración, conforme a concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en archivo 08 folios 2 a 31).

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 pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en efectuar el traslado durante sus más de 25 años de afiliación al

RAIS y previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010 ni corresponder a ninguno de los otros casos en que se la declarado la *nulidad* de la afiliación por vía jurisprudencial. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 09 folios 3 a 46).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., también contestó la demanda, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría, realizada por personal debidamente capacitado, de manera objetiva, íntegra, clara y responsable acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM, así como sobre las normas que regulan el traslado, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria, según las normas legales vigentes para le época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. Resaltó que el demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como lo fue el traslado al interior del mismo y el no manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 y sin cumplir lo dispuesto en la sentencia SU-062 de 2010, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento para el efecto, con base en la

variación del monto de su mesada pensional, máxime cuando el mismo no era posible determinarlo al momento de la afiliación, dadas las variaciones normativas, salariales, financieras y demás que se han presentado a lo largo de estos años. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, no es procedente la devolución de gastos de administración ni de alguna suma a título de perjuicio o detrimento de los aportes, pues, por el contrario, éstos generaron rendimientos en su poder. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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, innominada o genérica y traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen* (ver contestación en archivo 10 folios 3 a 26).

Terminó la primera instancia con sentencia de 17 de febrero de 2022, mediante la cual la Juez Segunda (2ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). 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 consiente e informada, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación. No evidenció confesión alguna al

respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Señaló que no hay lugar a declarar la prescripción de la acción, por tratarse de un derecho íntimamente ligado con la prestación pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO realizado por el señor ALBERTO ESCALLÓN CUBILLOS, identificado con cédula de ciudadanía 19.298.615, a AFP SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. el 6 de septiembre de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: Se CONDENARÁ a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., entidad a la que se encontraba afiliado, devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, el señor ALBERTO ESCALLÓN CUBILLOS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos financieros y los gastos de administración, sin lugar a descuento alguno. TERCERO: Se ORDENARÁ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada el 1º de julio de 1977, por lo que deberá incluir dicha situación en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral. CUARTO: Se DECLARARÁN NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: Se CONDENARÁ en costas a las accionadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente para cada. SEXTO Si no fuere apelado el presente fallo,*

CONSÚLTESE con el Superior.” (Audiencia virtual del 17 de febrero de 2022 – archivo 15 Hora 1:34:00).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de PROTECCIÓN S.A. su apoderado pide que se revoque parcialmente la decisión en lo que respecta a la orden de devolución de gastos de administración, pues se trata de comisiones causadas durante la afiliación del demandante, los cuales se efectúan por disposición legal y han sido pagados a terceros de buena fe, como es el caso del seguro previsional. La cuenta del actor ha generado rendimientos y así ha aumentado su patrimonio, que da cuenta de la buena gestión de la entidad. Ordenar su devolución a una entidad que no ha administrado la cuenta constituye un enriquecimiento sin causa, máxime cuando tales rendimientos no se habrían generado en el RPM. (Audiencia virtual del 17 de febrero de 2022 – archivo 15 Hora 1:36:11).

COLPENSIONES, a través de su apoderado, pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto la parte actora no cumplió con la carga de mostrar los vicios del consentimiento aducidos, sin que se pueda entender como tales la existencia de un error de derecho, esto es, en cuanto a la comprensión de la norma, máxime cuando se presentaron afiliaciones con diferentes fondos de pensiones. Resaltó que dicha entidad es la más afectada con este tipo de decisiones, teniendo que no puede estar obligada a lo imposible, como lo es entregar documental que no se exigía para la época y de asuntos en los que no hizo parte, los cuales ocurrieron hace ya más de 27 años. Solicita se abstenga la corporación de la condena en costas, para evitar un detrimento patrimonial a la entidad (Audiencia virtual del 17 de febrero de 2022 – archivo 15 Hora 1:40:28).

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 Privado de Pensiones el demandante tenía 39 años de edad y había cotizado 412,86 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 7 años, 4 meses y 3 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 63 años de edad – ver archivo 01 folio 31 y 146).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 09 folios 78 a 81.

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, 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*

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”.*

se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838): (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver 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. Indicó que su traslado se dio cuando a su lugar de trabajo llegaron asesoras de PORVENIR S.A. y le limitaron a señalar que debían afiliarse a un fondo privado pues el ISS se iba a acabar. El posterior traslado se efectuó por disposición general de su empleador y sin recibir asesoría alguna (Audiencia virtual del 17 de febrero de 2022 – archivo 15 Min. 21:02).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia 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 PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y

rendimientos. Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES se adicionará la decisión de primera instancia para condenar también a COLFONDOS S.A. a devolver las sumas descontadas a título de gastos de administración a COLPENSIONES, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, 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, valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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 de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., entidades frente a las que se *resuelve desfavorablemente el recurso de apelación* (artículo 365 del CGP).

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para: (I) **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores descontados de los aportes efectuados por la 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 COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

EXP. 02 2020 00124 01

Alberto Escallón Cubillos Vs Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Otras



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 ROSA ELVIA VALERO RODRÍGUEZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 3 de diciembre de 2021 por el Juez Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la *nulidad* 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, ROSA ELVIA VALERO 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 ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 1º de mayo de 1994, y se ordene *anular* el ocurrido con posterioridad al interior de este último, con fundamento en que se le indujo a error al no estar precedido por la suficiente ilustración respecto de las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen ni los riesgos y consecuencias de su decisión. Tampoco se le indicó la oportunidad de trasladarse previo a estar incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Como consecuencia de lo anterior, pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES como única válida, sin solución de continuidad, y se ordene a la AFP en la que actualmente se encuentra actualizar y corregir su historia laboral, y trasladar los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual (ver demanda en archivo 002 folios 1 a 17).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que previo a la suscripción del formulario de afiliación se brindó una asesoría integral sobre las implicaciones de su decisión, las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como sobre la opción de retracto y las condiciones necesarias para alcanzar la prestación en el RAIS. Resaltó que no se cumplen los presupuestos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. La afiliada se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Agregó que el traslado al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, buena fe, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, compensación y pago,*

EXP. 05 2020 00435 01
Rosa Elvia Valero Rodríguez Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento (ver contestación en archivo 008 folios 1 a 18).

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 válidamente afiliada al RAIS, según formulario de afiliación suscrito voluntariamente con la AFP COLFONDOS S.A., sin que haya probado lo contrario, así como con la posterior afiliación a PROTECCIÓN S.A. 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 establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui géneris de las entidades de 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 no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica (ver contestación en archivo 010).*

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con base en que la afiliación a dicha entidad se efectuó de manera libre y voluntaria, previa

asesoría completa, clara y comprensible, acorde a la normatividad vigente, como lo manifestó en el formulario correspondiente, según lo establecido en el Decreto 692 de 1994 y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. El sistema de seguridad social es público y su regulación se encuentra estipulada en la Ley, sin que sea dable a las partes pactar condiciones diferentes y, por ello, su desconocimiento no es excusa. Nunca se presentó inconformidad ni se hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado, durante la afiliación a dicho régimen. No se advierte pues, causal alguna de ineficacia y, en todo caso, se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, previo a lo cual recibió *reasesoría* -el 7 de julio de 2011-, sin que se acrediten los presupuestos de la Sentencia SU-062 de 2010. La modificación en el monto de la mesada se dio por cambios normativos y en la expectativa de vida, sin que ello implique un vicio en el consentimiento. Agregó que el traslado al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. Considera que, en todo caso, únicamente procedería la devolución de los aportes y sus rendimientos, no así los valores descontados por comisión de administración, por cuando se hicieron por disposición legal y cumplieron su destinación, ello también en virtud de las restituciones mutuas. 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 014 folios 1 a 21).

Terminó la primera instancia con sentencia de 3 de diciembre de 2021, mediante la cual el Juez Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la *nulidad* del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó que se hubiera brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, sin que resulte oportuna la reasesoría recibida, pues únicamente le permitió tener 4 días hábiles para tomar una decisión de tal trascendencia como cambiar se de régimen por última vez, conforme a lo cual recoge su criterio previo en que declaró válido el traslado al existir una reasesoría sin mirar la oportunidad de la misma.

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 ROSA ELVIA VALERO RODRÍGUEZ, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: COSTAS a cargo de las AFP convocadas a juicio. 4 SMLMV, a cargo de COLFONDOS y a cargo PROTECCIÓN S.A. CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior a favor de COLPENSIONES”* (Audiencia virtual del 3 de diciembre de 2021 – archivo 031 Min. 56:44).

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, a través de su apoderada, pidió que se revoque la decisión en su totalidad. Afirma que se debió tener en cuenta que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen contenida en la Ley 797 de 2003, previo a lo cual recibió *reasesoría*, norma que busca proteger el principio constitucional de estabilidad financiera del sistema. Resaltó que en *reciente* jurisprudencia se ha indicado que la nulidad de afiliación procede sólo para los beneficiarios del régimen de transición, en concordancia con lo señalado en la Sentencia SU-062 de 2010, lo cual no ocurre en el presente caso. Indicó que no es razonable exigir a las AFP requisitos legales generados con posterioridad y, en todo caso, los efectos del acto jurídico sólo pueden afectar a las partes que en él intervienen, por lo que dicha entidad no puede verse afectada (Audiencia virtual del 3 de diciembre de 2021 – archivo 031 Min. 57:35).

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 29

años de edad y había cotizado 459,43 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, 10 meses y 15 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 archivo 001 y archivo 002 folio 154).

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 expediente administrativo - archivo 012.

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*

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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la*

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”.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la *nulidad* del traslado de régimen a la que se le dieron los efectos de ineficacia en los términos transcritos, 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. Indicó en dicha diligencia que en una corta reunión grupal, la asesora de la AFP se acercó a su lugar de trabajo y le indicó que podría cotizar allí a partir de la fecha sin ninguna dificultad y sin perder lo cotizado, pues ellos tomarían las funciones del ISS que se encontraba en

EXP. 05 2020 00435 01
Rosa Elvia Valero Rodríguez Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

crisis, por lo que posiblemente *todos* empezarían a trasladarse a los fondos privados (Audiencia virtual del 3 de diciembre de 2021 – archivo 031 Min. 09:35).

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

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES se adicionará la decisión de primera instancia para condenar a la entidad referida y a COLFONDOS S.A. a devolver las sumas descontadas a título de gastos de administración a COLPENSIONES, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, 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 a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración, los valores se

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

En el mismo sentido, 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 la apelación.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para (i) **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores descontados de los aportes efectuados por la 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 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**

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ LUCIO CÁRDENAS
CÁRDENAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia dictada el 22 de febrero de 2022 por la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella NEGÓ las pretensiones –encaminadas al reconocimiento del incremento del 14% del SMLMV en la pensión del actor por cónyuge cargo- y declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ LUCIO CÁRDENAS CÁRDENAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozcan a su favor los incrementos pensionales del 14% y 7% sobre el SMLMV por compañera permanente e hija menor de edad a cargo,

en atención la pensión de vejez que reconoció a su favor COLPENSIONES mediante Resolución GNR 446573. Lo anterior, teniendo en cuenta que está casado con LEILA MARÍA ALEAN CÁRDENAS, con quien vive como compañero permanente desde el 28 de junio de 2003, tiene una hija que se encuentra estudiando -MAIRA LUCÍA CÁRDENAS ALEAN- nacida el 28 de enero de 2006, y cumple los requisitos de convivencia y dependencia económica. Pide que el pago se efectúe a partir del 1º de enero de 2015, con 13 mesadas anuales, intereses moratorios e indexadas (ver demanda en archivo 001 folios 4 a 13).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones incoadas con fundamento en la improcedencia de incrementos pensionales a la luz de lo establecido en la sentencia de unificación SU-140 de 2019. De forma subsidiaria pide que se le absuelva de la condena en costas y agencias en derecho. Propuso como excepciones las siguientes: *inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de 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 e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 001 folios 50 a 65).

La Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado - ANDJE presentó escrito de intervención, en que pidió negar lo pretendido, con fundamento en lo señalado en la sentencia de unificación SU-140 de 2019 que entendió como *orgánicamente derogados* los incrementos pensionales previstos en el artículo

21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante el Decreto 758 de 1990, beneficios que al no contar con respaldo financiero, resultan contrarios al Acto Legislativo 01 de 2005 (ver escrito en archivo 005 folios 2 a 14).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de febrero de 2022, a través de la cual la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ las pretensiones de la demanda –encaminadas al reconocimiento del incremento del 14% del SMLMV en la pensión del actor por cónyuge cargo- y declaró probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación. Para tomar su decisión, el juez de primera estimó que operó el fenómeno de derogatoria tácita sobre los incrementos como lo estimó la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019, en concordancia con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. No impuso condena en costas por haberse presentado la demanda con antelación a la expedición de la referida sentencia de unificación.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: NEGAR la totalidad de las pretensiones de esta demanda. SEGUNDO: DECLARAR probado (sic) la excepción de mérito de inexistencia del derecho y la obligación. TERCERO: CONSULTAR esta sentencia, siempre y cuando no sea apelada, con el superior funcional, Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. CUARTO: Sin costas”* (Audiencia virtual del 22 de febrero de 2022 – archivo 007 Min. 29:19).

CONSULTA

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haber sido apelada, se remitió al Tribunal para surtir el grado jurisdiccional de

consulta por mandato del artículo 69 del CPTSS, 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 446573 del 27 de diciembre de 2014, mediante la cual COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de enero de 2015, en la suma de \$616.000 mensuales, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 (folios 14 a 19).

Para resolver la alzada, 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 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”*¹.

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

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

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

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

Si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entendía la vigencia de dicha norma² LO CIERTO es que dicho criterio fue abandonado en reciente jurisprudencia³, en concordancia con lo dispuesto por la Corte Constitucional⁴, órgano competente para decidir sobre vigencia y exequibilidad de las normas legales, quien entendió que los incrementos previstos en el decreto 758 de 1990 sí fueron derogados por la Ley 100 de 1993.

La sentencia SU-140 de 2019, con ponencia de la Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER, concluyó 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 este fue derogado y solo se podía aplicar para pensiones causadas antes del 1° de abril de 1994 al amparo del Acuerdo 049 de 1990, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas.

² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral. Sentencias del 27 de julio de 2005, Rad. 21517 M.P. Isaura Vargas Díaz y Jaime Moreno García, y del 5 de diciembre de 2007, Rad 29751. M.P. Luis Javier Osorio López.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral. Sentencia SL2061-2021 Rad. 84054. M.P. Luis Benedicto Herrera Díaz.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-140 de 2019.

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 OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE CLARA IVONNE GONZÁLEZ OSORIO
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.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 3 de febrero de 2022 por la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por la doctora Yulis Angélica Vega Flórez, quien se identifica con T.P. 154.269, apoderada principal de la parte actora.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CLARA IVONNE GONZÁLEZ OSORIO 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* de su traslado del RPM al RAIS, efectuado en abril de 1996 a través de la AFP DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., con fundamento en que no fue asesorada ni informada acerca de las diferencias entre cada régimen, las prestaciones que obtendría, los beneficios, desventajas o inconvenientes del RAIS y en general las implicaciones sobre su derecho pensional debido a su traslado. Posteriormente se afilió a COLFONDOS S.A. Realizados los cálculos correspondientes, previo a la presente acción, evidenció que la mesada en el RPM es mucho mayor a la del RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se tenga como válidamente afiliada a COLPENSIONES, entidad que debe contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS, y se ordene a COLFONDOS S.A. el traslado de todos los aportes realizados (ver demanda en archivo 001 folios 4 a 20).

Notificada la admisión de la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto ni trasladarse durante su afiliación al RAIS, previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Lo solicitado contraviene el principio de

sostenibilidad financiera del sistema. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *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 001 folios 138 a 169).

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, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría objetiva e integral acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM. En consecuencia, se suscribió el formulario correspondiente de manera libre, voluntaria y sin presiones, según las normas legales vigentes para la época, sin que un error de derecho o variación en el monto pensional pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación, por lo que no se genera la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Resaltó que la demandante no manifestó inconformidad, no hizo uso del derecho de retracto ni de la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. La acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, no habrá lugar a devolver los dineros destinados a seguros previsionales ni gastos de administración, pues cumplieron su finalidad legal y los aportes ya fueron trasladados a otra AFP, sin que se adeude suma alguna. 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*

EXP. 11 2019 00543 01
Clara Ivonne González Osorio Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, 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 y traslado de aportes (ver contestación en archivo 001 folios 195 a 219).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, por medio de apoderado, se allanó a las pretensiones de la demanda (ver escrito en archivo 001 folio 194).

Terminó la primera instancia con sentencia de 16 de febrero de 2022, mediante la cual la Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Finalmente, señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional de la afiliada.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante CLARA IVONNE GONZÁLEZ OSORIO del RÉGIMEN

EXP. 11 2019 00543 01
Clara Ivonne González Osorio Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por el entonces ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN S.A. SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos. TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros. CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS S.A. realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante, en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIAFP y entregar a COLPENSIONES el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS. QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. SÉPTIMO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 SMLMV. OCTAVO: CONSULTAR esta sentencia con el superior Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, con fundamento en el artículo 69 del CPTSS” (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2022 – archivo 013 Hora 01:03:34).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLFONDOS S.A. presentó recurso de apelación parcial contra la condena a trasladar gastos de administración, seguros previsionales e indexación, por considerar que el descuento de los mismos se encuentra autorizado por la Ley y generaron rendimientos que no se habrían causado en el RPM. Sumado a ello, tales descuentos también se habrían descontado por parte de COLPENSIONES con destino a la financiación de pensiones de invalidez y sobrevivientes. En el mismo sentido, los seguros previsionales fueron girados a las aseguradoras, quienes dieron la cobertura de buena fe durante la vinculación la actora a la AFP. Los rendimientos generados superan la eventual pérdida de valor adquisitivo (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2022 – archivo 013 Hora 01:06:23).

COLPENSIONES a través de su apoderada presentó recurso para que se revoque la decisión, por considerar que no se probó la existencia de ningún vicio en el consentimiento, pues no se evidenció coerción para la suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, en cuanto al deber de información, el mismo también recaía en la parte actora, quien como consumidor financiero plenamente capaz podía suscribir el contrato. En caso de condena, solicita se condicione el cumplimiento al traslado de la totalidad de las sumas aportadas a la AFP (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2022 – archivo 013 Hora 01:12:24).

PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que se ordenó el traslado de los descuentos por comisiones de administración, los cuales se efectuaron conforme a las normas vigentes y fueron pagados y gastados en la gestión de los dineros que dieron como resultado los rendimientos generados, por lo que si se dispone que aquellos no debieron efectuarse, sólo habría lugar a devolver los aportes sin los rendimientos, máxime cuando éstos no se habrían generado

al encontrarse afiliada al RPM, mientras que en el caso de los seguros previsionales se trata de prestaciones ya acaecidas y se pagaron a un tercero de buena fe, por lo que la entidad no podría recuperarlos. Adicionalmente, todos los aportes de la demandante ya fueron trasladados a COLFONDOS S.A. (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2022 – archivo 013 Hora 01:14:33).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 348,87 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, 9 meses y 10 días)²; y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 60 años de edad – ver archivo 01 folio 21 y 117).

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en expediente administrativo – carpeta 02 archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211.PDF”.

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).

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

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

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

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

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó que su traslado se dio cuando al encontrarse laborando para la Universidad Pedagógica, fue citada junto a otros docentes para recibir información de una AFP, la cual les permitiría seguir trabajando luego de pensionarse y tendrían los mismos beneficios que en el ISS, sin la cantidad de semanas que tuvieran cotizadas (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2022 – archivo 013 Min. 15:33).

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”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen ni los traslados que se

efectúen al interior del mismo. Así mismo, se advierte que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y a cargo de ésta y de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro. Así mismo, se condenará a la referida entidad y a PROTECCIÓN S.A., a devolver las sumas descontadas a título de gastos de administración a COLPENSIONES, sin que sea posible descontar suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, este

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*

EXP. 11 2019 00543 01
Clara Ivonne González Osorio Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

porcentaje hace parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

RESUELVE

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

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

EXP. 11 2019 00543 01
Clara Ivonne González Osorio Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

3. COSTAS de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A.,
COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA LUCÍA CÁCERES CÁRDENAS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 4 de febrero de 2022 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 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, MARÍA LUCÍA CÁCERES CÁRDENAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad o* ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 1º de febrero de 1996, con fundamento en que se efectuó sin la debida información acerca de las consecuencias y las implicaciones para su mesada pensional, y sin que el formulario suscrito contara con la firma del empleador ni del responsable del fondo de pensiones. Previo a la presente acción verificó que la mesada que obtendría en el RAIS sería muy inferior a la que habría tenido derecho en el RPM. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene entienda que siempre ha permanecido afiliada a COLPENSIONES, y se ordene a la AFP el traslado de los aportes y los rendimientos generados (ver demanda de folios 37 a 44).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que la entidad no tuvo relación alguna en la decisión de traslado de la actora, quien se encuentra válidamente afiliada al RAIS, según formulario de afiliación suscrito libre y voluntariamente, el cual carece de notas de inconformidad y sin que obre medio probatorio alguno que acredite dicha situación. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, al no ser beneficiaria del régimen de transición. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. No propuso como excepciones de mérito (ver contestación de folios 52 a 60).

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 a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre e informada previa asesoría acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos

o proyecciones sobre el futuro pensional de la afiliada. Así mismo, las condiciones de afiliación se encuentran definidas por la ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente. Se garantizó el derecho de retracto y, en todo caso, el presunto vicio deriva en nulidad relativa, la cual es saneable por ratificación, que se entiende con la continuidad en afiliación sin que se hubiera presentado inconformidad alguna. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra el derecho de afiliación de la actora al sistema. Advierte que la demandante se encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibídem*, sin que haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previo a ello. En caso de condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos se descontaron por disposición legal y ya cumplieron su cometido, como lo ha advertido la Superintendencia Financiera, sumado a que sería equivalente a exigir a la compañía de seguros que devuelva el valor de la póliza si no se presenta el riesgo amparado. De ordenarse dicha devolución, habría que descontar los rendimientos generados en virtud de las restituciones mutuas, sumado a que, al no destinarse a financiar la pensión, son susceptibles de prescribir. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en CD 2 folios 1 a 19).

Terminó la primera instancia con sentencia de 4 de febrero de 2022, 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). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Agregó que, no se encontró confesión alguna en tal sentido en el

interrogatorio de parte rendido por la actora. No hay lugar a restituciones mutuas, pues la totalidad de los dineros objeto de devolución serán usados para financiar la prestación de la afiliada. Al tratarse de valores íntimamente ligados a la prestación pensional, no son susceptibles de prescripción.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera la demandante a través de la AFP PORVENIR, por las razones antes expuestas. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR 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 tenga cada una 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 de la 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 PORVENIR S.A., incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia y en favor de la parte actora en \$1.000.000. SEXTO: 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, previo remitir el expediente al Tribunal, envíese copia de esta sentencia a la ANDJE, conforme lo estable del artículo 48 de la Ley 2080 de 2021”* (Audiencia virtual del 4 de febrero de 2022 – CD 4 Hora 1:37:26).

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto el traslado se dio de manera libre, voluntaria y consciente, sin que la demandante presentara inconformidad alguna. Se debe tener en cuenta la circular de la Superintendencia financiera respecto del deber de asesoría de las entidades pensionales desde el año 2016 que no puede tener

carácter retroactivo. Así mismo, la demandante se encuentra incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. La decisión de traslado afecta la estabilidad financiera del sistema, esto es, a todos los colombianos (Audiencia virtual del 4 de febrero de 2022 – CD 4 Hora 1:39:02).

En recurso de PORVENIR S.A., su apoderado también pidió que se revoque la decisión por considerar que para la época del traslado -1997- no existía el deber de información como en la actualidad, pues la misma se cumplió según las normas vigentes, sin que fuera exigible la entrega de documentos adicionales al formulario de afiliación. No ocurrió en el presente asunto vulneración al derecho a la libre elección de régimen, pues no existió coacción en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. No hay lugar a ordenar la devolución de las comisiones, los gastos de administración u otros dineros distintos a las cotizaciones, pues en el RPM también se descontarían por disposición legal y, en todo caso, no están destinados a financiar la pensión. En tal sentido, se debe tener en cuenta lo señalado sobre la materia por la Superintendencia Financiera, pues no hay norma que disponga la devolución de tales rubros. De ser el caso, se debe declarar la prescripción de los referidos dineros al no pertenecer a los afiliados ni guardar relación con el reconocimiento pensional (Audiencia virtual del 4 de febrero de 2022 – CD 4 Hora 1:42:39).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha de afiliación al Fondo de Pensiones la demandante tenía 29 años

de edad y había cotizado 173 semanas¹; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 2 años, 5 meses y 20 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 52 años de edad – ver folios 3 y 45).

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 válida para bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – CD 2 folios 69 a 72.

² *Ibidem*.

³ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

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

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

se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó que su traslado se dio sin previa asesoría, pues en su empresa trabajaban mucho con PORVENIR y ella simplemente suscribió el formulario (Audiencia virtual del 4 de febrero de 2022 – CD 4 Min. 28:32).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y

rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, que conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ hace parte de los gastos de administración, cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

EXP. 13 2019 00650 02
María Lucía Cáceres Cárdenas Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra

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 UN MILLON DE PESOS MCTE (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ HUMBERTO LOZANO CONTRA
ESTACIONAMIENTOS LUGANO S.A.S. y JORGE VICENTE RUIZ LINARES**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación presentado por la sociedad demandada contra la sentencia dictada por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de julio de 2021, en la que DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad demandada, la CONDENÓ al pago de la indemnización por despido sin justa causa, y la ABSOLVIÓ de las demás pretensiones y absolvió a JORGE VICENTE RUIZ LINARES de todas ellas.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, JOSÉ HUMBERTO LOZANO presentó demanda contra ESTACIONAMIENTOS LUGANO S.A.S. y JORGE VICENTE RUIZ LINARES, para que, previos los trámites de un proceso ordinario, se declare que la diligencia de descargos llevada a cabo el 23 de noviembre de 2015 violó su debido proceso, que la acusación imputada en la misma carecía de fundamento, y que la terminación del contrato de trabajo escrito existente entre

las partes se dio sin justa causa; en consecuencia, solicita se condene a la sociedad demanda y solidariamente a la persona natural referida, al pago de la indemnización correspondiente consagrada en el artículo 64 del CST, así como a la moratoria contenida en el artículo 65 *ibídem*, a los perjuicios causados por *daño moral* y la indexación.

Como fundamento de lo pedido afirma que estuvo vinculado con ESTACIONAMIENTOS LUGANO S.A.S. (antes ESTACIONAMIENTOS LUGANO LTDA.) mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 31 de marzo de 1987 al 23 de noviembre de 2015, en el cargo de *recorredor de parqueaderos – cajero*, labor que desempeñó en los distintos parqueaderos de la demandada, de domingo a domingo con un día compensatorio. Como *cajero* manejaba una *clave de acceso* que era asignada por el ingeniero de sistemas de la compañía, la cual digitaba al iniciar turno. Dicho sistema entregaba un *tiquete* al usuario del parqueadero en que constaba la hora de ingreso y posteriormente la de salida, con indicación de la liquidación correspondiente y los convenios aplicados -los cuales no podían ser modificados-, según lo cual se efectuaba el cobro. Al final del turno, el mismo sistema arrojaba el *gran total* de lo recaudado, con indicación del dinero que debía entregar y por el cual debía responder. Dicho sistema adolecía de diversas *fallas graves*, como que impedía el acceso a ciertos usuarios por lo cual debían usar el de un compañero, previa autorización del supervisor, quienes también conocían las *claves*, las cuales también podían ser vistas por la persona que entregaba turno por la premuera con que se hacía. Cuando se presentaban daños leves, se arreglaban solos, pero cuando eran graves, debían llamar al ingeniero de sistemas y mientras tanto expedir facturas manuales. La empresa realizaba *arqueos aleatorios* y verificaba el movimiento diario de dinero según las tirillas que arrojaba el sistema. El actor solicitó vacaciones el 13 de marzo de 2015 y las empezó a disfrutar el 1º de abril

siguiente. La sociedad lo citó a descargos para diligencia del 27 de octubre de 2015, por *sustracción o apoderamiento continuado de dinero a través de alteración del valor de las facturas*, la cual no se llevó a cabo por incapacidad médica. El 28 de octubre siguiente, el trabajador presentó escrito en que afirmó no encontrar fundado el cargo que le endilgaban, reiterado el 10 de noviembre de la misma anualidad en que dio a conocer la presentación de copias ante el Ministerio del Trabajo, Procuraduría General de la Nación y Superintendencia de Sociedades, con miras a *salvaguardar su dignidad personal y buen nombre*. Fue citado nuevamente a descargos el 23 de noviembre de 2015, en la cual se le imputó el cargo antes aducido, presuntamente ocurrido de enero a julio de dicha anualidad. En dicha diligencia no se garantizó su debida defensa en razón de la gravedad del cargo, el cual negó y se opuso a firmar el acta correspondiente, pese a lo cual, en la misma fecha, se dio por terminado su contrato *con justa causa fundada en la comisión de un delito por parte del trabajador*. La referida sociedad no inició acción penal en su contra, ni realizó descuento alguno de su liquidación por el presunto robo. No existe prueba alguna en su contra respecto del presunto delito. Desde el primer semestre de 2014 las nuevas directivas de la empresa iniciaron una *política de persecución* contra los empleados más antiguos. La empresa demandada correspondió a una sociedad de personas -LTDA.- durante más del 95% de su tiempo de vinculación, pues sólo hasta el 29 de noviembre de 2013 se dispuso su transformación en S.A.S. Todo lo anterior le causó daño moral, en su dignidad, honestidad y buen nombre, por la gravedad de los cargos imputados. (Ver demanda de folios 123 a 134).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por ESTACIONAMIENTOS LUGANO S.A.S. y JORGE VICENTE RUIZ LINARES, mediante apoderado. Si bien aceptó la existencia de la relación laboral en el interregno señalado, el cargo, las funciones y la rotación por los

distintos parqueaderos de la empresa, así como los días laborados, se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con base en que el despido se efectuó con justa causa debidamente probada, como quiera que se evidenció que el sistema que se encontraba a cargo del actor como *cajero*, presentaba algunos errores, los cuales no fueron puestos en conocimiento del empleador, sino aprovechados por algunos empleados -como el actor-, para modificar el valor facturado a los clientes. Lo anterior, se dio previa investigación exhaustiva originada por la denuncia realizada por un usuario que advirtió que otro trabajador de la empresa le estaba cobrando la tarifa de \$9.800”, pese a que la tirilla indicaba un valor de “\$2.000”. Señaló que en la diligencia de descargos se respetaron todos los derechos del trabajador, al punto que se le indicó que podría asistir con dos testigos, a lo que se negó, por lo que asistieron 2 trabajadores de la empresa. Agrega que se le presentó evidencia de los cargos imputados -cuadros arrojados por el sistema y los documentos de soporte de los mismos- y que dicha conducta fue, en todo caso, puesta en conocimiento de la fiscalía. No ha desplegado conducta alguna encaminada a perjudicar trabajadores antiguos de la empresa. Finalmente, resaltó que el despido se dio cuando la empresa era de tipo S.A.S., por lo que no resulta aplicable la responsabilidad solidaria reclamada. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de título y causa para pedir en el demandante, cobro de lo no debido, violación al deber de no desconocer los propios actos, buena fe, compensación y genérica o ecuménica* (ver contestación de folios 160 a 195).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de julio de 2021, en la cual el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo, CONDENÓ al pago de la indemnización por despido sin justa causa y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones. Para tomar la decisión, advirtió que no se probó de manera fehaciente la responsabilidad del

actor en la presunta *apropiación* de dineros del empleador, máxime cuando la única prueba al respecto corresponde a los archivos de *Excel* aportados de los que se desconoce su elaboración y respaldo, que únicamente dan cuenta de las diferencias entre las sumas recaudadas y las que debían cobrarse, no así de la referida apropiación. Así mismo, no había un verdadero cuidado de las contraseñas y usuarios, por lo que no es posible establecer que realmente haya sido el actor quien efectuó los cobros de manera indebida.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que existió un contrato de trabajo a término indefinido que rigió desde el 31 de marzo de 1987 hasta el 23 de noviembre del año 2015, en el cual fungió como trabajador el demandante JOSÉ HUMBERTO LOZANO, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.287.299, y en calidad de empleador la demandada ESTACIONAMIENTOS LUGANOS S.A.S., y que fue terminado por despido sin justa causa. SEGUNDO: CONDENAR a ESTACIONAMIENTOS LUGANO S.A.S. a pagar al señor demandante JOSÉ HUMBERTO LOZANO, la suma de \$47.838.624, debidamente indexado al momento de su pago, como se expuso en la parte motiva de esta providencia, por concepto de indemnización por despido sin justa causa. TERCERO: ABSOLVER a ESTACIONAMIENTOS LUGANO de las demás pretensiones que no se acogieron en esta sentencia, y así mismo se absuelve al demandado JORGE VICENTE RUIZ LINARES de todas las pretensiones que fueron incoadas en su contra. CUARTO: Se DECLARA probada la excepción de inexistencia de la obligación aludida por el demandado JORGE VICENTE RUIZ LINARES, y se declaran no probadas las demás excepciones propuestas por el extremo demandado. QUINTO: Se CONDENAN en costas de la instancia a la parte demandada ESTACIONAMIENTOS LUGANO S.A.S. y en favor del demandante. Practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de \$4.000.000 como valor de las agencias en derecho. Y se condena a la parte*

actora en costas en favor del demandado JORGE VICENTE RUIZ LINARES. Practíquese la liquidación por Secretaría, incluyendo el monto de \$350.000 como valor de las agencias en derecho.” (Audiencia virtual del 16 de julio de 2021 – CD 4 Hora 1:43:18).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la sociedad demandada aduce en el recurso que no se valoraron las pruebas en su conjunto, pues se demostraron las diferencias en los cobros reportados por el demandante lo que da cuenta de su actuación ilegal, aún cuando no se haya encontrado valores idénticos a los señalados en la carta de despido, pues lo relevante es la existencia del hecho. Resaltó que como lo había señalado el juzgador, en el presente asunto no existe prejudicialidad penal, por lo que no resulta relevante que la fiscalía haya archivado temporalmente el asunto pues ante la ilegalidad de la actuación del actor, se debió tener por probada la justa causa y, en consecuencia, absolver de todas las pretensiones (Audiencia virtual del 16 de julio de 2021 – CD 4 Hora 1:46:00)¹.

¹ *“Sí, señor Juez. Respetuosamente interpongo contra la providencia que... Respetuosamente me permito interponer contra la providencia dictada por el despacho, el recurso de apelación, fundamentado..., recurso que ampliaré en el término señalado en el Decreto 806 en el Tribunal, en el término para alegar, pero que básicamente se encentra fundamentado en los siguientes aspectos: En primer lugar, claramente el CPL establece que el Juez supremo director del proceso deberá tener en cuenta todas las pruebas allegadas al mismo y el principio que se aplica para ese caso es la sana crítica o la libre formación del convencimiento, lo que implica que la... el análisis de las pruebas debe ser en la totalidad de las mismas, para llegar a la conclusión a la que debe proceder el despacho. Contrario a lo que aparece en el expediente, lo que se demostró en el curso del proceso, el juzgado considera que el despido se hizo sin justa causa, que no se demostrarlos los hechos que se le endilgaron al demandante, para dar por terminado el contrato en las consideraciones que se dieron en la carta de despido. Y ese es el error que comete el despacho, con todo el respeto, por cuando realmente el mismo despacho lo reconoce, al momento de hacer el análisis, cuando concluye que sí hubo unas diferencias que se encontraron, por ejemplo de \$300.000, y en ese caso específicamente, más los documentos que se encuentran anexados al proceso, se demuestra claramente que sí se presentó un acto de ilegalidad por parte del demandante. El demandante sí sabía, no era un trabajador y en eso contrario también a lo que dijo el juzgado, no era un trabajador que llevara 5 meses o 6 meses, llevaba treinta y pucho de años trabajando con la empresa, el trabajador sabía perfectamente lo que estaba haciendo, no era un*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: i) la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y la sociedad ESTACIONAMIENTOS LUGANO S.A.S., del 31 de marzo de 1987 al 23 de noviembre de 2015; ii) que el vínculo

novato. Y el mismo despacho acepta que se presentó un desbalance en una cifra de dinero, que la misma parte demandada demostró, esto no importa que fuera un peso, cinco millones, trescientos mil pesos, es que sí hubo una retención de dineros ilegal por parte del demandante. No importa si la fiscalía general de la Nación consideró que debía archivar temporalmente el expediente, eso no tiene nada que ver. Realmente, si en el expediente aparece probado que hay una ilegalidad en la actuación del demandante, el juzgado debe proceder a declararlo de esa manera. Y traigo a colación en este punto, porque en un proceso similar, de un deponente que aquí aceptó que presentó una demanda ante ESTACIONAMIENTOS LUGANO, por los mismos hechos, no estamos hablando de una cosa diferente, por los mismos hechos el Juzgado en la sentencia de primera instancia condena a la demandada, ESTACIONAMIENTOS LUGANO, con las consideraciones similares a las que está haciendo este despacho, diciendo que no se probó realmente las cifras correspondientes que se habían presentado en esa carta de despido, que no podían ser iguales a las de este demandante, pero que eran similares circunstancias, y el Tribunal en providencia en la cual revoca la decisión condenatoria y absuelve a ESTACIONAMIENTOS LUGANO, dice claramente: no importa el tipo de fraude, no importa el tipo de ilegalidad, importa que existió la ilegalidad, y el despacho mismo en este proceso la reconoce. Adicionalmente, pues está clarísimo, además de las otras pruebas del proceso, que realmente se presentaron unas situaciones anómalas, nadie puede negar esa situación. Se presentaron unas anomalías que generaron unas pérdidas de dinero superiores para la empresa. Que no podían ser obviamente en una sola, como dicen coloquialmente, en un solo viaje, sino que eran gótica a gótica, y esa gótica a gótica generó unas afectaciones en el dinero de la empresa que claramente aparecen en el expediente, como aparecen en el expediente. Frente al tema de la aplicación, de la conclusión a la que llega la fiscalía, el mismo despacho reconoce que no existe prejudicialidad penal. Nosotros insistimos en la prueba por cuanto nos parecía muy importante que el despacho verificara que se había presentado un denuncia penal. La Corte Suprema ha indicado que cuando se presenta la terminación de un contrato por una situación delictiva, hay que presentar un denuncia penal, y por eso se pidió la... anexar el expediente como prueba, para demostrar que la empresa sí procedió en debida forma. Y procedió en debida forma no sólo para la presentación de la denuncia penal, sino procedió en debida forma con la práctica de los descargos, con la presentación de documentos que demuestran que realmente sí se presentaron diferencias y se aprovecharon de una tecla denominada F8, pero que claramente en la llamada planilla Gogó, existen diferencias. Diferencias que realmente, así fueran de cien pesos, de un millón de pesos o de cuatro millones de pesos, el demandante ilegalmente las llevó a cabo. Y eso es suficiente para terminarle el contrato de trabajo. Por lo tanto, remito ampliaré estas manifestaciones en el... ante el Tribunal Superior de Bogotá, apelo la decisión del Despacho, y solicito al Tribunal al momento del estudio de esta sentencia, revoque la decisión de primer grado y absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.”.

terminó por decisión unilateral del empleador por presunta justa causa; iii) que el cargo desempeñado fue de *recorredor de parqueaderos – cajero* (folios 7, 8, 30 a 32, 40 y 214 a 230).

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS) si existió o no justa causa para el despido de JOSÉ HUMBERTO LOZANO.

Para resolver lo que en derecho corresponde, el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo define, en forma taxativa, los hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización.

Dispone además la norma, que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación, los *hechos o conductas* concretos que son motivo de su decisión, y que no puede alegar con posterioridad causas distintas. Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa del trabajador a quien se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan expuesto en la carta de despido podrá ejercer tales derechos en el proceso judicial.

La calificación de las conductas aducidas, para definir si se enmarcan o no en una de las causas señaladas en la Ley, le corresponde al juez.

Con este referente normativo, se advierte de la carta de despido aportada al expediente, que el empleador endilgó al demandante como justa causa para terminar el contrato de trabajo el haber sustraído dinero al que tenía acceso

en virtud de las funciones asignadas, y el incumplimiento de sus obligaciones de control y recaudo durante la prestación de servicio frente a facturas que los clientes pagaban por el servicio de estacionamiento, en los meses de enero y julio de 2015, aprovechando para ello un error de configuración del software y sin dar aviso del mismo al empleador (folios 30 a 32 y 223 a 225)².

Dichas conductas se enmarcan en dos supuestos normativos diferentes del literal A) del artículo 62 del CST, a saber: el numeral 5° y el numeral 6°.

En el numeral 6° se autoriza al empleador para dar por terminada la relación de trabajo cuando el trabajador ha incurrido en una *falta grave* a las obligaciones pactadas. Sobre esta causa legal, la ley autoriza que la connotación de *gravedad* se asigne por las partes al suscribir el contrato de trabajo o la convención colectiva, por el empleador en los reglamentos de trabajo, o por un tribunal de arbitramento al decidir sobre este aspecto en un laudo arbitral, dada la dificultad que tendría una regulación

² “Por medio de la presente comunicación nos permitimos manifestarle que una vez oído en descargos el día de hoy (...) la empresa cuenta con las suficientes pruebas para llevar a cabo la terminación unilateral con justa causa del contrato de trabajo con Usted suscrito el día 31 de marzo de 1987. (...). Esta causal tiene como fundamento los siguientes hechos: 1. El día 20 de agosto pasado tuvimos conocimiento de las extrañas situaciones presentadas en las cajas de nuestros estacionamientos, y se ha probado al interior de nuestra empresa que, desde el mes de enero hasta el mes de agosto del año en curso, usted – a través del uso del usuario que le fue asignado- y alterando el valor de las facturas de los clientes que usaban nuestro servicios de estacionamiento, sustrajo las siguientes sumas de dinero para un total de DIECINUEVE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA MIL SETECIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS M/CTA (\$19.630.744). (...). 2. De acuerdo con las investigaciones realizadas al interior de nuestra empresa, Usted al igual que sus otros compañeros involucrados, aprovechando un error en la configuración del software y sin dar cumplimiento a su obligación laboral de dar aviso del mismo a las directivas de la empresa, realizaban un cambio en el valor facturado en el software a través de un procedimiento informático, oprimiendo teclas que le permitían entrar a una pantalla de selección de convenios y modificar el valor a facturar, sin embargo no se podía modificar los registros de hora y entrada y salida del vehículo, ni el tiempo de servicio, situación que permitió encontrar el sinfín de registros modificados y contabilizar el dinero del que se apoderó Usted así como algunos otros compañeros suyos.”.

general sobre gravedad de las omisiones frente a los deberes específicos de cada trabajador.

Con estas precisiones normativas, para definir sobre la existencia de justa causa por *falta grave* del trabajador, e independientemente de que dicha falta pueda constituir también un acto inmoral o delictuoso, el juez debe estudiar las pruebas aportadas al expediente para verificar de ellas si ocurrieron o no las tres circunstancias o situaciones que resultan relevantes: i) si la conducta descrita en la carta de despido ocurrió o no, ii) si constituye una *falta* a obligaciones y prohibiciones que el trabajador tuviera asignadas en su relación de trabajo; y iii) si dicha falta reviste gravedad.

i) Sobre lo primero y tal como lo señaló el juez de primera instancia, se encuentra probado en el expediente que durante los meses de enero a julio de 2015 se presentaron faltantes en la caja que el demandante manejaba, aun cuando no se hubieran acreditado las precisas cuantías señaladas en la carta de despido. Ello se evidencia de los documentos denominados *comprobantes informe diario* en los cuales se registra número de factura, placa del vehículo, valor a pagar, horas de entrada y salida de los vehículos, así como aquellos a los cuales se les aplicó algún tipo de convenio de descuento, y que dan cuenta clara de faltantes de dinero en los días 17 y 25 de enero, 26 de febrero, 17 de marzo, 26 de abril, 8 de mayo, 17 y 28 de junio y 12 de julio (folios 231 a 322 y 333 a 341).

A guisa de ejemplo, en el reporte de la factura 201365 del 15 de enero de 2015 el vehículo de placas BYL456 ingresa a las 11:02:24 de la mañana y sale a las 13:35:03, el valor facturado por el demandante fue de \$5.400, siendo la suma a pagar \$13.680; igualmente, a guisa de ejemplo, se advierte en la factura 213807 del 26 de febrero de 2015, que el vehículo de placas DDB895 estuvo

de las 15:58:20 a las 20:58:18, lo que daría un cobro de \$28.405, pese a lo cual el valor facturado fue de \$0; en la misma fecha, el vehículo con placas MBP879 ingresó a las 19:07:23 y salió a las 23:25:13, pero tiene un valor facturado de \$0, siendo el costo real \$24.415. Se resalta que en ninguno de los anteriores ejemplos se aplicó convenio alguno que permitiera tales descuentos, como se evidencia en los mismos documentos. Sumados los valores mal reportados, nuevamente a modo de ejemplo, para el día 17 de marzo de 105, se evidencia un faltante de \$ 131.150.

Se probó igualmente que el actor laboraba en dichos lugares y fechas, según se deduce de los informes diarios de reportes de caja, pues están a nombre del actor, y coinciden con los valores reportados por él mismo en los documentos de *entrega de turno* que cuentan con su firma en las fechas señaladas.

Si bien los testigos JOSÉ SANTOS CUESTA PÉREZ (CD 3 audio 18 Hora 01:05:54), JOSÉ JAVIER CASALLAS BUITRAGO (CD 3 audio 18 Hora 01:48:44) y LIBARDO ALFREDO MORALES ZABALA (CD 3 audio 18 Hora 02:20:08) afirmaron que no había un adecuado control sobre los usuarios y contraseñas, y que muchas veces cuando el trabajador se retiraba de su puesto de trabajo -para almorzar o para ir al baño-, no se hacía el cambio de usuario por la premura que implicaba la atención de los clientes y porque muchas veces no todos tenían usuario, lo cierto es que la situación evidenciada corresponde a una serie de cobros inferiores a las tarifas que corresponderían, los cuales eran reportados por el trabajador al finalizar el turno, y era él quien firmaba la planilla de entrega de turno, la cual contenía los valores recaudados con los déficit anotados. Así mismo, la testigo JULIE JOHANA GUTIÉRREZ MARIÑO (CD 3 audio 16 Min. 03:12) fue clara en

señalar que mediante proceso de auditoría se logró verificar la existencia de los faltantes, por lo que los mismos se encuentran plenamente acreditados.

ii) Sobre el segundo aspecto (si dicha conducta constituye una falta a las obligaciones y prohibiciones que tenía el demandante), resulta claro que quien tiene a su cargo el manejo de una caja y el correspondiente recaudo de dineros se encuentra obligado a rendir las cuentas pertinentes, facturar la totalidad de los servicios prestados, y entregar los valores pagados por los clientes al empleador. Dichas funciones fueron aceptadas por el mismo demandante en la diligencia de descargos al responder que *“las obligaciones son de acuerdo con el tiquete que trae la persona, es pasar el tiquete por el lector, el sistema mismo es el que se encarga de votar el valor correspondiente, el cual es el que se le cobra al usuario y si el tiquete viene con un sello, si viene con un sello, se le aplica el descuento dependiendo de donde sea el convenio”* (folios 24 a 29 y 324 a 330).

Además en el literal B de la cláusula tercera del contrato de trabajo se establecieron como obligaciones del trabajador: *“Prestar al EMPLEADOR su capacidad normal de trabajo, a su servicio exclusivo, en el desempeño de todas las funciones propias, anexas y complementarias del cargo para el que ha sido contratado, de conformidad con los reglamentos, instrucciones y órdenes del EMPLEADOR, observando en su labor el cuidado y diligencia debidos”*; *“Realizar la gestión encomendada con estricta buena fe, esto es cumpliendo no sólo con las funciones asignadas a su cargo sin con todas aquellas que la actividad encomendada requiera”*; *“Cumplir permanentemente con espíritu de lealtad, colaboración y disciplina con EL EMPLEADOR”*; y *“Cuidar permanentemente los intereses de la empresa”*.

Así mismo, en la cláusula cuarta se estableció como *obligaciones específicas del trabajador*: “Realizar la apertura del estacionamiento asignado y el inicio del software de facturación y registro...”; “Generar sin excepción registros de ingreso y salida de cualquier vehículo...”; “No permitir el ingreso de personal no autorizado a zonas de casetas, sin autorización previa de un superior”; “Notificar a sus compañeros de patios y del siguiente turno las novedades presentadas en su turno”; “Realizar los cierres de caja con información veraz y de acuerdo con las instrucciones impartidas”; “Acatar las directrices de los supervisores a cabalidad e informar cualquier situación anormal que se presente dentro y alrededor que comprometa la seguridad de los mismos, de manera inmediata”; “Dar adecuado uso de las herramientas informáticas, tecnológicas y los equipos entregados para el adecuado desarrollo del trabajo...”.

Finalmente, se establecieron como prohibiciones al trabajador en la cláusula quinta del mismo contrato: “Presentar recibos, documentos o certificados falsos con el fin de defraudar los intereses de EL EMPLEADOR” y “Encubrir o abstenerse de informar a su superior inmediato de cualquier hecho o comportamiento anormal del que pueda seguirse un perjuicio para EL EMPLEADOR, independientemente de que el perjuicio se produzca o materialice” (folios 215 a 222).

Nótese que era deber del actor por el cargo que ocupaba en la empresa, el cuidado y verificación de que los cobros a su cargo se hicieran de forma adecuada, con miras a proteger los intereses del empleador, y la de reportar las fallas que encontrara y que pudieran generar algún detrimento.

iii) Finalmente sobre el tercer aspecto necesario para definir la existencia de una justa causa para despedir por los hechos que se analizan (la gravedad de

la conducta endilgada), la Sala también encuentra prueba suficiente de tal acuerdo, pues el empleador en su autonomía así lo definió en el contrato de trabajo, al establecer como *falta grave* en la cláusula octava: “*La violación por parte del trabajador de cualquiera de las obligaciones legales, contractuales y reglamentarias” y “*El incumplimiento de una de cualquiera de las obligaciones del TRABAJADOR descritas en las cláusulas tercera y cuarta de este contrato por considerarse como falta grave calificada como tal en el documento”* (folios 215 a 222).*

Además la gravedad intrínseca de las omisiones del actor, por las cuales se causó un menor recaudo de dineros a favor del empleador, surge clara dado el objeto de la sociedad comercial en cuyo desarrollo resultaba indispensable el manejo adecuado de la caja de recaudo de dineros.

Como se demostró la existencia de justa causa en la terminación del contrato de trabajo de JOSÉ HUMBERTO LOZANO, no procedía la indemnización que reclama, razón suficiente para revocar la decisión de primera instancia.

Por el resultado del proceso, las COSTAS en primera instancia corren a cargo del demandante.

Sin COSTAS en la apelación

DECISION

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 la demandada ESTABLECIMIENTOS LUGANO S.A.S. de las pretensiones incoadas en la demanda.
3. **COSTAS** en primera instancia a cargo del demandante.
4. **SIN COSTAS** en la apelación



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 NUBIA CONSUELO PEÑA CRUZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 1° de febrero de 2022 por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con T.P. 221.228, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del memorial de sustitución conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, NUBIA CONSUELO PEÑA CRUZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido en el año 1995, así como los ocurridos con posterioridad, con fundamento en que fue inducida a trasladarse de régimen pensional y afiliarse a la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., sin que se le hubiese brindado información suficiente sobre las características de ambos regímenes pensionales ni sobre las desventajas que le traería tomar esa decisión. Como consecuencia, pide que se condene a la AFP a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes junto con sus rendimientos, y que se *defina* tiene derecho a solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (ver demanda en archivo único folios 4 a 13, 84 y 85).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas con fundamento en que la afiliación de la demandante en el RAIS tiene plena validez y legalidad, pues no se probó alguna de las causales de nulidad por vicios en el consentimiento, y advirtió que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, pues es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación. Propuso como excepciones de fondo: *el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación en archivo único folios 133 a 142).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se

opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que se trata de un acto existente, válido, exento de vicios en el consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y advirtió que la demandante recibió una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS y sobre las condiciones particulares de cada uno de los regímenes pensionales. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se 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, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, traslado de aportes e innominada o genérica* (ver contestación en archivo único folios 149 a 171).

Mediante auto proferido en audiencia del 25 de marzo de 2021, el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso la integración de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. como litisconsorte necesaria por pasiva (Audiencia virtual del 25 de marzo de 2021- carpeta “*video audiencia 25-03-2021*”).

Notificada de la anterior decisión, la referida entidad contestó la demanda, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la vinculación de la demandante en el fondo privado operó en el año 1997 y fue producto de la manifestación de su voluntad, realizada de manera, libre, informada y espontánea, sin que se presentaran vicios en el consentimiento, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de la afiliación y de reiterarlo el fundamento del RAIS, pues advirtió que el traslado de régimen operó con la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción,*

buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica (ver contestación en archivo único folios 270 a 293).

Terminó la primera instancia con sentencia de 1° de febrero de 2022, mediante la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA, no demostró haber cumplido con su deber legal de suministrar información clara, completa y oportuna que le permitiera conocer y entender el funcionamiento del RAIS, y por el contrario estimó que la labor de los comerciales del fondo fue de índole comercial y no técnico.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, indebido aprovechamiento de los recursos públicos y error de derecho no vicia el consentimiento, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR que el traslado de la señora NUBIA CONSUELO PEÑA CRUZ identificada con la C.C. 51.593.840, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, administrado por COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. TERCERO: DECLARAR que la señora PEÑA CRUZ 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 retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones señaladas. CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo con sus frutos e intereses, ordenándole además a Porvenir trasladar los valores que descontó por*

comisiones o gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por ella de su propio patrimonio. QUINTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a devolver gastos de Administración que en su momento descontó de los dineros de la demandante, los cuales deberán ser asumidos también de su propio patrimonio. SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir ese traslado de fondos que se efectúe a favor de la demandante por parte de PORVENIR S.A., y de PROTECCIÓN S.A., y convalidarlos en su historia laboral. SÉPTIMO: ABSOLVER a las demandadas de la indemnización de perjuicios morales reclamados, según lo expuesto. OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A. En firme esta sentencia practíquese la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$1.000.000. NOVENO: Se dispone la CONSULTA de esta sentencia con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial a favor de COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 1° de febrero de 2022 – archivo “VIDEO AUDIENCIA 01-02-2022” Hora 01:02:17).

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. pide que se revoque parcialmente el fallo de primera instancia en cuanto condenó a la AFP a la devolución de los dineros descontados por concepto de gastos de administración y primas del seguro previsional, pues se efectuaron conforme a la Ley que lo habilitó para los 2 regímenes pensionales. El RAIS están destinados a generar rendimientos y para asegurar los riesgos de sobrevivencia o invalidez, sumas pagadas a terceros –aseguradoras-. Advirtió la falta de congruencia de la decisión judicial con el artículo 1746 del Código Civil, que deja el acto celebrado entre las partes sin efectos, pero le permite a la demandante que se beneficie de los rendimientos financieros que el fondo generó, por lo que en caso de mantenerse esta condena, pide que se ordene la devolución a su favor de los rendimientos financieros que trasladó a PORVENIR y, en todo caso, solicita

se aplique el término trienal de prescripción (Audiencia virtual del 1° de febrero de 2022 – archivo “VIDEO AUDIENCIA 01-02-2022” Hora 01:05:13)¹.

¹ “Gracias señor juez, señor juez. Estando dentro de la oportunidad procesal me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión emanada de su despacho, solicitándole respetuosamente a los H. Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su sala laboral, se permitan revocar de manera parcial la decisión de primera instancia en lo que tiene que ver con la condena a Protección de efectuar la devolución o el reconocimiento a favor de Colpensiones de los dineros descontados por concepto de gastos de administración y sumas adicionales que en su momento fueron cobradas a la demandante por cuenta de la vinculación con esta entidad. Esto atendiendo H. juez y H. magistrados que ha sido la misma Ley 100 en su artículo 20 que fuera modificado posteriormente por la Ley 797 de 2003, en su artículo 7º quien facultó y autorizó a los fondos de pensiones, no solamente del régimen privado si no del régimen público a efectuar esa deducción con cargo a la cotización obligatoria para cobijar los gastos de administración o comisiones de administración, y en el caso de Protección en su momento la prima de seguro previsional como sumas adicionales, esto tiene un sustento normativo básico que me permito sustentar en este momento de manera sucinta. El primero, en lo que tiene que ver con la comisión de administración, el pago o la deducción que hace el fondo privado, en este caso Protección sobre esa cotización a pensión obligatoria obedece a dos circunstancias particulares: 1) El costo operacional que implica la administración de los recursos por parte de estos fondos a lo largos de estos años, de las cuentas de ahorro individual de cada uno de los afiliados, y como segunda medida la compensación de los afiliados hacia estos fondos privados por la administración de estos recursos que finalmente se ven reflejados en unos rendimientos financieros que en el caso concreto de la demandante hoy se encuentran debidamente acreditados en su cuenta de ahorro individual, por lo anterior es menester indicar señor juez, H. magistrados que dichos rendimientos financieros de los que hoy goza la señora Nubia no tienen un sustento diferente que el de la administración o la gestión desplegada en su momento por Protección, hoy por Porvenir, sobre estos dineros, es de advertir que la señora Nubia en calidad de afiliada no ha desplegado ningún tipo de actividad para generar estos recursos y en ese sentido por eso la ley previó la deducción de estos dineros como parte inherente al funcionamiento al Sistema General de Pensiones. De allí que el cobro de estos dineros por parte de estas administradoras no deviene en un actuar negligente, voluntarioso, en contra vía a los intereses de los afiliados, si no que por el contrario hace parte de sus obligaciones como administradores del sistema público del Sistema General de Pensiones. Entonces, en ese sentido es importante traer a colación que el artículo 1746 del Código Civil aplicable por analogía a estos trámite de nulidad y de ineficacia, nos trae consigo cuáles serían los efectos taxativos de la declaratoria de una nulidad o la ineficacia de la afiliación, y en ese sentido con respeto por supuesto al juzgador de primera instancia, se extraña la falta de congruencia respecto a la sentencia en instancia entendiendo que, o más bien, no entendiendo cómo para efectos de dejar inválido o dejar sin efectos el acto celebrado entre la demandante y en este caso Protección, a través de una ficción se declara la ineficacia y no se consolidó ningún efecto jurídico entre lo celebrado entre la demandante y Protección, pero para beneficiarla a un elemento inherente al régimen de ahorro individual como lo son los rendimientos financieros, en ese sentido si esta cuenta y este vínculo generó unos efectos, por lo anterior es importante establecer que, si bien ese Art. 1746 nos habla sobre cuáles serían esos efectos taxativos que me permito en este momento mencionar, que es que el contrato nunca debió haber existido, Protección no debió haber administrado estos recursos, y en ese mismo sentido, 1) no se debieron haber generado rendimientos financieros y por obvias razones tampoco se debió haber cobrado una cuota de administración, lo cierto es que ese mismo artículo nos pone, o mejor, ilustra respecto a cómo justamente eso se pueden desconocer esos efectos jurídicos consolidados frente a ese acto celebrado, en este caso cuales son los efectos consolidados, los intereses, el abono y mejora sobre el bien administrado, las restituciones mutuas, y es en este sentido que se sustenta el por qué Protección debe conservar los gastos de administración que en su momento se cobraron por cuenta de los rendimientos financieros que ya en su momento Protección reconoció y trasladó a la AFP Porvenir. En el sentido contrario, y en el efecto en que esta decisión salga avante, solicito respetuosamente a los H. magistrados absuelvan a Protección entonces de efectúa el reconocimiento o más bien que se restituya a su favor lo que en su momento Protección trasladó por conceptos de rendimientos financieros en contra de Protección, para que de

Por su parte, la apoderada de PORVENIR S.A. pide que se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia, dado que se afectan los principios de confianza legítima y sostenibilidad financiera del Sistema, pues el formulario de afiliación fue suscrito por la demandante en el año 1997, después de recibir una debida asesoría, no fue tachado de falso ni se ejerció retracto alguno, y por ello nació a la vida jurídica. Adicionalmente, se opuso a la condena a devolver los gastos de administración, pues ante el escenario de la ineficacia del traslado, solo se deben devolver los aportes y rendimientos, conforme concepto emitido por la Superintendencia Financiera. Lo contrario generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. En caso de confirmarse la sentencia dictada en primera instancia y la devolución de los gastos de administración, solicita se aplique la prescripción (Audiencia virtual del 1° de febrero de 2022 – archivo “VIDEO AUDIENCIA 01-02-2022” Hora 01:13:17)².

esta manera Protección haga la devolución de lo que tiene que ver con los gastos de administración, en cualquiera de las circunstancias, esto para que no se constituya en una condena en perjuicios en contra del patrimonio de mi representada. Recuérdese que ha sido la misma Corte Suprema de Justicia en la laboral en sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008 e inclusive también en el Decreto 2555 de 2010 y en concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 17 de enero del año 2020, donde se ha dado un sustento normativo, jurídico, sobre lo que aquí se está enunciando respecto al reconocimiento de los gastos de administración. En lo que tiene que ver con la prima del seguro previsional o lo conocido como las sumas adicionales, se he de manifestar que estos dineros ya fueron girados en su momento a una aseguradora para que en caso de que existiese un siniestro de sobrevivencia o invalidez, pues dicha compañía aseguradora pagara una suma adicional con el fin de pagar la pensión por dichos conceptos a la demandante, por lo que mi representada se encuentre imposibilitada para solicitar una devolución y trasladársela a Colpensiones, ha sido la misma Corte Suprema de Justicia sala civil quien se ha pronunciado al os terceros de buena fe, también la sala laboral en sentencia SL 2324 del 19 de marzo quien en un caso de idénticas circunstancias la magistrada ponente Dra. Ana María Muñoz Segura indicó: 1) Que las consecuencia de la ineficacia nos e pueden extender a terceros y 2) que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe, entonces en ese sentido se deja sustentado el recurso, advirtiendo que sobre los mismos aplica el término trienal de prescripción de conformidad con el Art. 488 del C.S.T en armonía con el Art- 151 del Código procesal, solicitándole a los magistrados absuelvan a Protección de conformidad con las consideraciones aquí expuestas. Gracias su señoría.”

² *“Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal me permito presentar recurso de alzada, y solicitando amablemente a los señores magistrados revocar en su totalidad la decisión de declarar la ineficacia y por ende el fallo en primera instancia teniendo en cuenta lo siguiente: En primer lugar, tenemos que se encuentran afectados principios fundamentales del Derecho como lo son: la confianza legítima, la sostenibilidad financiera del sistema pensionales. Esta confianza legítima, dotada en el formulario de afiliación que fue suscrito por la demandante, el cual no fue tachado de falso, además de ellos este formulario no tuvo retracto alguno, si no que permaneció en el tiempo, lo cual*

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

para mi presentada es un documento existente en la vida jurídica. Además de ello no podemos dejar de lados señores magistrados que si bien los fondos privados contaban con una serie de obligaciones, también a su vez los son consumidores financieros también cuentan con unas obligaciones conforme el decreto 2555 del año 2010, y es que no podemos dejar de lado, se dispusieron canales de atención por parte de mi representada, se otorgó una debida asesoría de manera precedente a la suscripción del formulario por la actora, más sin embargo, alrededor de más de 20 años después es cuanto la actora decide o presenta una inconformidad respecto de esas actuaciones que para el año 1997 fueron realizadas, además de ello teniendo en cuenta esta declaratoria de ineficacias se encuentra afectado la sostenibilidad financiera teniendo en cuenta que se deben trasladar valores a un régimen del cual la demandante no ha estado vinculada los últimos 20 años se olvidan las actuaciones que acarreo la decisión de traslado de la demandante, esto es, la creación de una cuenta de ahorros, la administración de los aportes, el ser bonificaría de los rendimientos, actuaciones que sí nacieron para mi representada a la vida jurídica, y que solicitamos a los amables magistrados no desconocer esta voluntad adelantada por la demandante para el año 1997. Tal como se dijo en los alegatos de conclusión, el formulario de afiliación era el documento que se exigía para la época, con el pasar del tiempo la corte jurisprudencial y legal es que cambia la normatividad o la exigencia para los fonos, el allegar de manera documental la asesoría brindada, más sin embargo esto está afectando el derecho, la defensa de mi representada, allegar una prueba que para la época no se exigía, era en formulario con el cual se constataba esa voluntad de vinculación, y por ende, hoy se está imposibilitando a mi representada su derecho, teniendo en cuenta que la para la época, tal como se ha venido manifestando, no se encontraba alguna otra exigencia de manera documentada, pues todo se hacía de manera verbal, y esto puede ser olvidado por los señores magistrados, si a bien esta apoderada conoce la línea jurisprudencial y si los magistrados, consideran a bien esta declaratoria de ineficacia, tal y como lo dijo el apoderado de Protección y reitero, me opongo a los gastos de administración a mi representada, pues se encuentra en esta oportunidad en cuento a la devolución de los dineros, teniendo en cuenta que el Art. 113 de la Ley 100 de 1993, el concepto de la Superintendencia Financiera del 17 de enero del año 2020 es preciso indicar que los únicos valores frente a una declaratoria de ineficacia son: los aportes y los rendimientos, es decir, que los gastos de administración a aquellos valores que no financian una mesada pensional pues no han de ser devueltos, teniendo en cuenta que esto son unas obligaciones de tracto sucesivo, no susceptibles de devolución, además de ellos también se encuentra terceros ajenos de buena fe a mi representada y por ende no se puede olvidar teniendo en cuenta que conforme corrobora la relación de movimientos de la actora, la misma ha obtenido unos rendimientos que han incrementado su capital, favoreciendo así a una posibilidad de adquirir la mesada pensional. En este entendido, con esta declaratoria del retorno de los gastos de administración, se encuentra también a su vez un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones para lo cual mi representada solicita amablemente que al que no financiere esos valores de una mesada pensional, son susceptibles de la aplicación de la figura de prescripción y lo cual mi representada solicita y apela para que los señores magistrados revoque en su totalidad, tal y como se ha venido manifestando la decisión de primera instancia, más sin embargo en un dado caso se revoque la decisión de condena en devolución de gastos de administración, en cuanto a la declaratoria o la condena de costas pues para mi representada también se presenta inconformidad, teniendo en cuenta que se realizó fue una vinculación por traslado horizontal, mas no por un traslado de régimen pensional; se logró demostrar que mi representada de manera presente a sus suscripción del formulario entregó una información, entregó una asesoría y hoy solicita la absolución de la revocatoria del fallo de primera instancia, tal y como se ha venido en este sentido su señoría dejo sustentado el recurso de apelación, muchas gracias”.

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 414.14 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 10 meses y 13 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 57 años – ver archivo único folios 16 y 80).

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

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

³ Ver historia válida para bono pensional aportada por PORVENIR S.A. – archivo único folios 398 y 399.

⁴ *Ibidem*.

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

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

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

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

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”.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (año 1995), como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó que en la empresa para la que laboraba -FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS- recibió asesoría de la AFP COLMENA, cuyos asesores comerciales le informaron que podría pensionarse en el régimen privado a la edad que quisiera, percibir el mismo monto que obtendría en el ISS, decidir entre la devolución de los saldos u obtener la pensión, y que el derecho pensional era heredable (Audiencia virtual del 31 de enero de 2022 – archivo “AUD. ORD. 11001310501720190011000 ARTS. 77 Y 80 CPTSS_20220131_201344.mp4” Min. 00:18).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y a cargo de ésta y de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, este

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

porcentaje hace parte de los gastos de administración (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUZ ELENA DEL CASTILLO TRUCCO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 31 de enero de 2022 por el Juez Primero (1º) 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 ELENA DEL CASTILLO TRUCCO 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 ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en octubre de 1994, con fundamento en que se le indujo a error al haberse efectuado una charla general por parte del asesor de COLFONDOS, parte del Grupo Santo Domingo accionista de la misma empresa en que trabajaba la demandada para ese entonces –Sofasa-, quien se limitó a señalar las bondades del RAIS, que se podría pensionar antes de la edad requerida y con un monto más favorable, mientras que el ISS se iba a acabar y entraría en liquidación. No se le indicaron las desventajas de dicho régimen o sus características, la pérdida del régimen de transición, los descuentos para la *contratación de renta vitalicia*, la necesidad de realizar aportes voluntarios ni realizó proyección o simulación alguna sobre el valor del bono pensional o su mesada. Tampoco se le indicó la oportunidad de trasladarse previo a estar incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a la AFP PROTECCIÓN tramitar su *regreso automático* al RPM administrado por COLPENSIONES, y trasladar los valores depositados en su cuenta de ahorro individual, correspondientes a las cotizaciones al riesgo de vejez (ver demanda de folios 21 a 39).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que previo a la suscripción del formulario de afiliación se brindó una asesoría integral sobre las implicaciones de su decisión, las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como sobre la opción de retracto y las condiciones necesarias para alcanzar la prestación en el RAIS. Resaltó que no se cumplen los presupuestos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. La afiliada se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no cumple los requisitos de la sentencia SU-

062 de 2010. Agregó que el traslado al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. En su defensa propuso las siguientes 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 86 a 96 y 131 a 153 y CD 2 folios 1 a 24).

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 válidamente afiliada al RAIS, según formulario de afiliación suscrito voluntariamente con la AFP COLFONDOS S.A., según las normas vigentes para la época, sin que haya probado lo contrario, así como con la posterior afiliación a PROTECCIÓN S.A. 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, máxime cuando han transcurrido 23 años desde su traslado al RAIS y la ignorancia de la Ley no es excusa. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, solicitud de devolución de la totalidad de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante e innominada o genérica* (ver contestación de folios 100 a 110 y 158 a 179).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado, también contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con base en que la afiliación a dicha entidad se efectuó de manera libre y voluntaria, previa asesoría completa, clara y comprensible, acorde a la normatividad vigente, como lo manifestó en el formulario correspondiente, según lo establecido en el Decreto 692 de 1994 y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. El sistema de seguridad social es público y su regulación se encuentra estipulada en la Ley, sin que sea dable a las partes pactar condiciones diferentes y, por ello, su desconocimiento no es excusa. Nunca se presentó inconformidad ni se hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado, durante la afiliación a dicho régimen. No se advierte pues, causal alguna de ineficacia y, en todo caso, se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sin que se acrediten los presupuestos de la Sentencia SU-062 de 2010. La modificación en el monto de la mesada se dio por cambios normativos y en la expectativa de vida, sin que ello implique un vicio en el consentimiento. Agregó que el traslado al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. Considera que, en todo caso, únicamente procedería la devolución de los aportes y sus rendimientos, no así los valores descontados por comisión de administración, por cuando se hicieron por disposición legal y cumplieron su destinación, ello también en virtud de las restituciones mutuas. 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*

EXP. 01 2019 01362 01
Luz Elena del Castillo Trucco Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada o genérica (ver contestación de folios 113 a 122 y 204 a 222, y CD 1 folios 1 a 19 y CD 4 folios 1 a 19).

Terminó la primera instancia con sentencia de 31 de enero de 2022, mediante la cual el Juez Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó que se hubiera brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, como era deber de la AFP que realizó la afiliación mediante la cual se dio el traslado. Por las resultas del proceso se abstuvo de estudiar las excepciones. No condenó en costas, por tratarse de un asunto decantado por vía jurisprudencial.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora LUZ ELENA DEL CASTILLO TRUCCO, identificada con la C.C. 45.435.941, a través del fondo administrado por la sociedad demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme lo expuesto en precedencia. SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la señora LUZ ELENA DEL CASTILLO TRUCCO, identificada con la C.C. 45.435.941, al RPM-PD, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES los*

EXP. 01 2019 01362 01
Luz Elena del Castillo Trucco Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

aportes efectuados por la accionante señora LUZ ELENA DEL CASTILLO TRUCCO, identificada con la C.C. 45.435.941 en el RAIS, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante, en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. SEXTO: Sin COSTAS para las demandadas en la presente instancia. ” (Audiencia virtual del 31 de enero de 2022 – CD 9 Min. 35:27).

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de PROTECCIÓN S.A. pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que se debía absolver de trasladar dineros de gastos de administración y seguro previsional, pues se trata de descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993, que se realiza no sólo en el régimen privado sino también en el público. Nótese que en dicha entidad se generaron rendimientos por la buena administración de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, por lo que en modo alguno se afectó su patrimonio. En virtud de lo señalado en el artículo 1746 del CC, la ineficacia del acto jurídico implicaría que no se hubieran generado los rendimientos al mismo tiempo que no se generaría el cobro de gastos de administración; no obstante, la norma permite reconocer las restituciones mutuas que permiten a la AFP conservar los referidos gastos, máxime cuando no fue la entidad que generó la ineficacia declarada. En el mismo sentido, la

prima del seguro previsional ya fue pagada y cumplió su finalidad, sin que la AFP pueda proceder a recobrarla al ser la aseguradora un tercero de buena fe. La forma en que se estructuró la condena, correspondería a un reconocimiento de perjuicios, los cuales no fueron objeto de debate en el presente asunto ni fueron probados, sino que deberían ventilarse ante la jurisdicción civil. Finalmente, considera que los referidos montos son susceptibles de prescribir al no estar destinados a financiar la prestación por vejez. (Audiencia virtual del 31 de enero de 2022 – CD 9 Min. 37:57).

COLPENSIONES, a través de su apoderada, pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto no se encuentra probado el vicio en el consentimiento que diera lugar a la *nulidad* de la afiliación, pues ésta al igual que las posteriores cotizaciones se hicieron con plena voluntad de la afiliada, durante más de 26 años de afiliación. Agregó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen contenida en la Ley 797 de 2003, norma que busca proteger el principio constitucional de estabilidad financiera del sistema, sin que cumpla lo señalado en la Sentencia SU-062 de 2010. Indicó que no es razonable exigir a las AFP requisitos legales promulgados con posterioridad y, en todo caso, los efectos del acto jurídico sólo pueden comprometer a las partes que en él intervienen, por lo que dicha entidad no puede verse afectada. En caso de confirmar la decisión, solicita ordena la devolución de todos los dineros percibidos por el fondo privado y se garantice la posibilidad de reclamar ante estos los eventuales gastos adicionales que se generen ante un reconocimiento pensional a la actora (Audiencia virtual del 31 de enero de 2022 – CD 9 Min. 49:21).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le 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

EXP. 01 2019 01362 01
Luz Elena del Castillo Trucco Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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 378,86 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 4 años y 1 mes)², y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido el requisito de edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver folio 40 y CD 3).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folio 2 y en expediente administrativo – CD 3.

² *Ibidem*.

EXP. 01 2019 01362 01
Luz Elena del Castillo Trucco Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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

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

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

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

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

EXP. 01 2019 01362 01
Luz Elena del Castillo Trucco Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) 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

EXP. 01 2019 01362 01
Luz Elena del Castillo Trucco Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó allí que su traslado se dio cuando se encontraba laborando para Sofasa, empresa parte del grupo Santo Domingo, en la que se les incitaba a consumir productos del mismo conglomerado cuando se acercó un asesor de COLFONDOS –parte del mismo grupo empresarial-, quien se limitó a una charla colectiva sin mayor información, y dice que su decisión se basó en ser *solidaria* con la empresa, pues únicamente se le indicó que se podría pensionar más joven y tendría el respaldo del grupo empresarial, a diferencia de la que tendría en el ISS. No tuvo oportunidad para realizar preguntas ni manifestar dudas sobre su traslado. (Audiencia virtual del 11 de noviembre de 2021 – CD 8 Min. 28:50).

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

EXP. 01 2019 01362 01
Luz Elena del Castillo Trucco Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES se adicionará la decisión de primera instancia para condenar también a COLFONDOS S.A. a devolver las sumas descontadas a título de gastos de administración a COLPENSIONES, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, 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 devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

EXP. 01 2019 01362 01
Luz Elena del Castillo Trucco Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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 COLPENSIONES y 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 **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores descontados de los aportes efectuados por la demandante a título de gastos de administración y seguros previsionales, debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 01 2019 01362 01
Luz Elena del Castillo Trucco 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 NORA INÉS GALVIS GARCÍA 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.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 16 de febrero de 2022 por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

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, NORA INÉS GALVIS GARCÍA 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 el 30 de junio de 1995, con fundamento en que se le indujo a error al habersele dado información incompleta y *en consecuencia errada*, que se limitó a ofrecer una mesada pensional más alta en el RAIS y manifestar que el ISS se acabaría por lo que podría perder sus tiempos de cotización. Tampoco se le asesoró sobre la posibilidad de regresar al RPM ni se efectuó estudio sobre su futuro pensional. Al calcular el valor de la mesada que le correspondería en el RPM, esta resulta muy superior a la que obtendría en el RAIS. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todo lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual y los valores recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones, *bonos pensionales*, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros y *demás* (ver demanda en archivo 01 folios 6 a 17 y 64 a 75).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran en el plenario pruebas de que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, según formulario de afiliación suscrito voluntariamente acorde a la normativa vigente para la época, sin que haya probado lo contrario, como era el deber procesal de quien lo alega. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Por último, resaltó que la acción de nulidad aducida se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *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 01 folios 92 a 128).

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 a la entonces AFP HORIZONTE S.A. se efectuó de manera libre e informada, luego de recibir una asesoría acorde a las disposiciones legales vigentes, como lo manifestó el actor, quien era una persona capaz, en el formulario correspondiente, único documento exigido para la época, sin que hubiera solicitado información adicional para tomar la decisión que le resultara más conveniente, como era su deber como consumidor financiero y tratándose de un régimen contenido en la Ley. No cualquier falta de información vicia el consentimiento y la legislación no consagra la ineficacia de la afiliación. Las cotizaciones voluntarias permiten alcanzar un derecho pensional antes de cumplir la edad necesaria y en una mesada superior frente al RPM. El demandante nunca presentó inconformidad ni hizo uso del derecho de retracto. No se advierte pues, causal alguna de nulidad y, en todo caso, el afiliado se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En caso de condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos ya cumplieron su cometido legalmente establecido. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción*, *buena fe*, *inexistencia de la obligación* y *genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 176 a 203 y 210).

Mediante auto del 18 de mayo de 2021 se dispuso vincular al trámite a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (archivo 04). Notificada la entidad, presentó contestación mediante apoderada. Se opuso únicamente a la prosperidad de las pretensiones encaminadas a la condena ultra y extra petita y costas, pues las demás no se dirigen en su contra, bajo el argumento de que la afiliación a dicha entidad se efectuó previa asesoría integral y completa acerca de las implicaciones del traslado de régimen y entre administradoras, las características del régimen y las diferencias con el RPM,

ventajas y desventajas de éstos, según las normas legales vigentes para la época. Un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. Resaltó que la demandante no hizo uso del derecho de retracto ni de la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin sea beneficiaria del régimen de transición. Manifestó que la nulidad debió ser alegada dentro del término establecido en el artículo 151 del CPTSS, por lo que actualmente se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo. Tampoco hay lugar a la indemnización de perjuicios, pues los mismos no han sido demostrados. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 06 folios 3 a 20).

Terminó la primera instancia con sentencia de 16 de febrero de 2022, mediante la cual el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). 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 PORVENIR S.A. no probó haber brindado una buena asesoría sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. Agregó que no se encontró confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte rendido por la actora. Los traslados y la permanencia al interior del régimen no constituyen ratificación. Tampoco lo es el mantener las cesantías en el mismo fondo, pues son relaciones jurídicas independientes. Señaló que no hay lugar a declarar la prescripción de la acción, por tratarse de un derecho irrenunciable ligado con la prestación pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el traslado realizado por la demandante NORA GALVIS del RPM al RAIS se hizo a través de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS el 1º de septiembre de 1994. SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al RAIS y con esto la afiliación realizada a NORA INÉS GALVIS GARCÍA el 1º de septiembre de 1994. TERCERO: DECLARAR que NORA INÉS GALVIS GARCÍA actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al RPM-PD administrado por COLPENSIONES. CUARTO: ORDENAR a PORVENIR realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de NORA INÉS GALVIS GARCÍA a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales. QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como a activar la afiliación de NORA INÉS GALVIS al RPM e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante. SEXTO: CONDENAR a COLFONDOS y a PORVENIR a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al RPM, administrado por COLPENSIONES, de manera proporcional al tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada una de ellas. SÉPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme a lo expuesto en parte motiva de esta providencia. OCTAVO. COSTAS de esta instancia quedan a cargo de las demandadas COLFONDOS y PORVENIR. Sin costas para COLPENSIONES. Agencias en derecho: 2 SMLMV, a cargo de cada una de las demandadas COLFONDOS y PORVENIR en favor de la demandante”* (Audiencia virtual del 16 de febrero de 2022 – archivo 12 Min. 25:30).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderado pide que se revoque la decisión, por considerar que para el momento del traslado la legislación exigía únicamente la entrega de información verbal, de lo cual da cuenta la suscripción del formulario de afiliación. La entidad en todo momento ha

actuado de buena fe y, en caso de exigirse documental adicional para la época, se habría conservado y proporcionado al trámite. Resalta que la actora presentó contradicciones en su interrogatorio de parte, pues pese a negar haber recibido información, más adelante indicó que se le había informado acerca de características propias del RAIS y que lo diferencian del RPM. Lo anterior, sin perjuicio de que pese a que se le indicó que la pensión tendría un monto superior, con el paso del tiempo hubiera cambios en dichas condiciones. En todo caso, se debe revocar la condena a devolver gastos de administración, los cuales también se habrían descontado en el RPM, con la diferencia en que al estar los dineros a cargo de la AFP generaron intereses, por lo que su traslado conjunto generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES. Finalmente, resalta que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de retornar al RPM (Audiencia virtual del 16 de febrero de 2022 – archivo 12 Min. 28:16).

La apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión, afirma que a la luz de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, se debe evidenciar que el motivo del trámite corresponde a la existencia de un perjuicio cierto, como lo es perder el régimen de transición, no así que se busque evadir las normas que prohíben el cambio de régimen. Se evidencia que la demandante permaneció afiliada por más de 26 años y realizó *traslados horizontales*, los cuales dan cuenta de su intención de permanecer en el RAIS, sin que ahora sea dable que se quiera beneficiar de la solidaridad del RPM, en perjuicio de quienes sí han cotizado durante este tiempo. La declaración *injustificada* de la ineficacia del traslado, afecta la sostenibilidad financiera del sistema y con ello los derechos de los demás afiliados (Audiencia virtual del 16 de febrero de 2022 – archivo 12 Min. 38:14).

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 Privado de Pensiones la demandante tenía 30 años de edad y había laborado por 238,71 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de servicios (tenía 4 años, 7 meses y 21 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver archivo 01 folios 56 y 60).

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 06 folios 6 a 9.

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*

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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*”

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”.

(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. Indicó que su traslado se dio cuando en una reunión en 1994 en la compañía en la que aún se encuentra trabajando, le indicaron que el ISS se iba a acabar, sólo podrían inscribirse a los fondos de pensiones dentro de los cuales debían escoger. Así mismo, le indicaron que obtendrían mayores beneficios pues los dineros *rentarían* mejor, que se podría pensionar antes de la edad establecida en el ISS, sin indicarle los requisitos para pensionarse, aportes voluntarios ni otras características (Audiencia virtual del 16 de febrero de 2022 – archivo 11 Min. 17:04).

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

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

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”.*

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

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

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

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

RESUELVE

- 1. 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JAIRO MENESES RIAÑO CONTRA
SALUDVIDA EPS**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veinte dos (2022).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada el 14 de octubre de 2021 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, en el que la CTA Integrar fungió como simple intermediaria y, en consecuencia, CONDENÓ al pago de la reliquidación de los aportes a seguridad social en pensiones, de las cesantías y sus intereses, primas de servicios y vacaciones, así como a las indemnizaciones de que tratan los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990. Encontró probada parcialmente la excepción de prescripción.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JAIRO MENESES RIAÑO presentó demanda contra SALUDVIDA EPS para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo del 1° de octubre de 2001 al 25 de enero de 2017 y, en consecuencia, conforme al salario realmente devengado en cada anualidad, se condene al pago de los aportes a seguridad social, las cesantías y sus intereses, las primas de servicio y las vacaciones de enero de 2001 a marzo de 2004 y la reliquidación de tales rubros a partir

del mes de abril de 2004 hasta enero de 2017, así como las indemnizaciones por despido sin justa causa y las moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y por no pago de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo.

Como fundamento de lo pedido, afirma que se vinculó a demandada el 1° de octubre de 2001 en el cargo de Gerente Nacional Administrativo, a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado Integrar y Asistencia, actualmente liquidada, hasta el 17 de enero de 2012, fecha a partir de la cual se vinculó directamente a la EPS convocada con el mismo cargo, ubicación y funciones, relación que terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador el día 25 de enero de 2017. Adicional al salario pactado, recibió viáticos para hoteles y transporte entre los años 2003 y 2016, así como bonos Sodexo de forma mensual y continua entre los años 2011 y 2016 los cuales retribuían la prestación del servicio, rubros que no fueron tenidos en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales ni para los pagos de seguridad social, y sin que hubiera pacto de desalarización alguno.

En la subsanación de la demanda señaló que a partir del 1° de abril de 2004 se empezó a pagar la seguridad social con base en el salario realmente devengado (ver demanda en carpeta 01 archivo 01 folios 4 a 15 y 63 a 70).

Notificada la demanda, SALUDVIDA EPS la contestó mediante apoderado, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Negó la relación laboral en los extremos señalados por el demandante, pues -dice- estuvo vinculado mediante contrato de trabajo con dicha entidad desde el 1° de marzo de 2012 hasta el 29 de enero de 2017. Antes de ello, el actor fue asociado en dos oportunidades a la CTA Integrar y Asistencia –del 1° de octubre de 2001 a 30 de marzo de 2004 y del 1° de abril de 2004 al 29 de febrero de 2012- vinculación de la cual no se pretende la declaración de ineficacia en este asunto. Señaló que los bonos Sodexo fueron reconocidos por mera liberalidad, a título de *bono canasta* y *gasolina* y la orden de pago de éstos se encontraba a cargo del actor, quien era consciente de su carácter no salarial, al no estar destinados a enriquecer el patrimonio del trabajador. Aduce que los pagos

extralegales que recibió el actor no tienen carácter salarial y que la entidad actuó de buena fe, por lo que no proceden las sanciones previstas en el artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990. Al momento de terminar la relación laboral se liquidó y pagó la indemnización por despido injusto. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación y prescripción* (ver contestación carpeta 01 archivo 01 folios 168 a 205 y 224 a 229).

En audiencia del 22 de febrero de 2021, la Juez de primera instancia, en la etapa de fijación del litigio, excluyó expresamente del debate probatorio las diferencias en los aportes a seguridad social con posterioridad al mes de abril de 2004, de conformidad con lo señalado por la parte actora en el hecho 3.3.1 de la subsanación de la demanda - “*A partir de esta fecha (primero [sic] de abril de 2004) iniciaron a pagar la seguridad Social con el salario real*”¹.

Terminó la primera instancia con sentencia dictada el 17 de octubre de 2021, mediante la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes, en el que la CTA INTEGRAR fungió como simple intermediaria y, en consecuencia, CONDENÓ al pago de la reliquidación de los aportes a seguridad social en pensiones, de las cesantías y sus intereses, de las primas de servicios y vacaciones, así como a las indemnizaciones de que tratan los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990. Encontró probada parcialmente la excepción de prescripción. Para tomar su decisión, la Juez encontró acreditada la prestación personal del servicio del actor a favor de la demandada, sin que se hubiera desvirtuado la subordinación, señaló los extremos conforme a las certificaciones laborales allegadas, y consideró los bonos *Sodexo* como salariales al no existir pacto de desalarización, no así los viáticos pues no se acreditó qué porción se destinaban a manutención y alojamiento. Tuvo por prescritas las acreencias *causadas* antes del 28 de

¹ Audiencia virtual del 22 de febrero de 2021 – carpeta 09 archivo 01 Min. 40:18.

febrero de 2014, incluida la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues la demanda se radicó en la misma fecha del año 2017, con excepción de las cesantías, que se hacen *exigibles* a la terminación del vínculo, los aportes a seguridad social en pensiones que son imprescriptibles, y las vacaciones que cuentan con un año adicional para su reclamo. Condenó a las indemnizaciones moratorias al no encontrar acreditada buena fe de la demandada, así como tampoco evidenció que se encuentre *totalmente* liquidada.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante el señor JAIRO MENESES RIAÑO y la demandada SALUDVIDA EPS, cuyos extremos temporales datan del 1° de octubre de 2001 al 25 de enero de 2017. SEGUNDO: DECLARAR que la Cooperativa de Trabajo Asociado Integrar, actuó como mera intermediaria. TERCERO: CONDENAR a la demandada SALUDVIDA EPS a cancelar al demandante lo siguientes conceptos: Por concepto de aportes al sistema integral de seguridad social por el periodo comprendido entre el 2001 y el 2004, teniendo como IBC los salarios aquí declarados, y frente a los IBC cancelados con posterioridad a dicha calenda deberá pagar las diferencias existentes. Así mismo, se condenará a la encartada a pagar por reajuste de primas desde 2014 hasta el segundo semestre de 2017 la suma de \$5.390.669. Por concepto de vacaciones por el periodo comprendido de 2011 a 2017, conforme al estudio de la prescripción que se hiciese, \$28.596.298. Por concepto de cesantías desde el 2004 al 2017, incluyendo el interregno de tiempo insoluto y las diferencias, \$100.572.563. Por intereses a las cesantías entre 2014 a 2017 \$3.717.447. Por indemnización por despido sin justa causa \$72.388.709, la diferencia como ya lo habíamos explicado. Por indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por la no consignación de las cesantías, \$371.316.000. Por la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, por los 24 primeros meses se deberá pagar la suma de \$264.733.000, y a partir del mes 25, deberá cancelar los intereses de moratorios sobre los saldos insolutos hasta el momento en que se paguen en su totalidad las*

prestaciones sociales adeudadas. SEXTO (sic): DECLARA probadas parcialmente las excepciones propuestas, denominadas prescripción y compensación. QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a SALUDVIDA EPS, en la suma de \$5.000.000” (Audiencia virtual del 17 de octubre de 2021 – carpeta 14 archivo 01 Hora 1:13:27).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandante manifiesta: (i) que se debió liquidar la sanción moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 a partir del 15 de febrero de 2002, primera fecha en que se presentó el incumplimiento en la consignación completa de las cesantías a un fondo, y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST se debe contar hasta la fecha de pago y no por los primeros 24 meses, pues se evidenció mala fe de la demandada al no pagar *seguridad social*, prestaciones y salarios con inclusión de los montos pagados a título de viáticos y bonos Sodexo (Audiencia virtual del 17 de octubre de 2021 – carpeta 14 archivo 01 Hora 1:19:34)².

²*“Gracias, doctora. Me permito... me doy por notificado de la providencia que ha sido proferida por su despacho y contra ella interpongo el recurso de apelación para ante el Superior... Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá. Sustento la apelación en los siguientes términos: En relación con la condena de sanción del artículo 99, esta debe correr desde el 15 de febrero de 2002, porque esta fue la primera, y sucesivamente se ha debido hacer la condena, dado que, está probado dentro del proceso que estos hechos se dieron, estos hechos están probados en el proceso, luego el despacho a debido acceder a este tipo de pretensiones dentro del proceso. Hay 340 folios dentro del proceso que prueban lo antes dicho. También en relación con la moratoria se debe correr hasta la fecha de pago, no a los 24 meses, esto es lo más indicado. El artículo perfectamente está diciendo, el artículo 99, que se ha debido consignar las primeras cesantías causadas desde el primero en febrero del 2002, por el periodo comprendido entre el 1o de octubre del 2001 y 31 de diciembre de 2001. Ante la falta de consignación de las cesantías se debió condenar a la sanción equivalente a un día de salario por cada día de retardo y así sucesivamente por los años 2002, 2003, 2004, pues solo a partir del mes de abril del 2004, se le empezó a reconocer a mi representado el pago de esta prestación, aunque no por el verdadero salario, dejando de incluir viáticos..., los bonos Sodexo, y, demuestra claramente la intención del empleador de evadir el cumplimiento de sus obligaciones como empleador de mi representado. La parte demandada no probó su obligación de consignar al fondo de pensiones las cesantías correspondientes del periodo del 1° de octubre del 2001 a marzo del 2004. Posterior empezó a reconocer las cesantías, pero no con el verdadero salario, que debió incluir tanto el pago de los viáticos y los bonos Sodexo. Lo mismo ocurre con el reconocimiento de la indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Considero que la providencia debió condenar a la demandada a pagar la indemnización del artículo 65 porque SALUDVIDA ha actuado de mala fe, evadiendo pagos de seguridad social, como quedó demostrado, negándose a pagar las prestaciones sociales injustamente; por haber utilizado la cooperativa para intermediar laboralmente, y dejar de reconocer los derechos de sus trabajadores. Es bien sabido por su despacho que la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la mala fe debe entenderse siempre que una empresa como la entidad demandada utilice como intermediaria a una entidad cooperativa. Puedo citar la Sentencia radicada 25713 del 6 de septiembre de 2006 M.P. Dr.*

En los alegatos allegados mediante correo electrónico del 22 de noviembre de 2021, la parte recurrente manifiesta que sus inconformidades con la decisión de primera instancia se centran en (i) que la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 debió correr desde el 15 de febrero de 2012 hasta la fecha de terminación del vínculo, pues la misma no es susceptible de prescribir, y (ii) que se debió ordenar el reajuste de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones con los salarios base de liquidación que fueron objeto de confesión presunta ante la inasistencia del demandado a rendir interrogatorio, en los términos del artículo 205 del CGP.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Revisado el expediente la Sala no se pronunciará sobre la solicitud que eleva el demandante en los alegatos de conclusión frente al reajuste de los aportes a seguridad social, pues esta materia no fue objeto del recurso de apelación propuesto verbalmente en la audiencia de fallo³. Además, esta controversia

Gustavo José Gnecco Mendoza, dice la Corte: ‘desde luego no podrá considerarse que quien ha acudido a la fraudulenta utilización de la contratación con una cooperativa de trabajo asociado exista algún elemento razonablemente pueda ser demostrativo de buena fe de esa persona, porque si realmente ostenta la calidad de empleadora se estará en presencia de un conducta tendiente a evadir el cumplimiento de la Ley laboral, lo que en consecuencia amerita la imposición de sanción como la moratoria debatida en el presente proceso’. Claramente el artículo 65 del CST, consagra una sanción para que los empleadores se abstengan de evadir los pagos de seguridad social y prestaciones, por ende los jueces deben conceder estas condenas en aplicación de la Ley, sin dejar de lado el tema relacionado también a los viáticos que son parte de los salarios y los bonos Sodexo que también están reconocidos como parte de ese salario. De todas maneras el recurso de apelación, y me reservo el derecho ampliación ante el Tribunal Superior, en relación con los demás puntos que fueron debatidos en esta sentencia o fueron enunciados por su despacho en relación con vacaciones, cesantías, la indemnización de despido injusto, en fin con ciertos aspectos que están citados dentro de la sentencia que no fueron incluidos por su despacho. En términos generales dejo expuesta la apelación y nuevamente le repito a su despacho, me reservo el derecho de hacer una amplitud en relación con cada uno de los puntos anteriormente endosados, en especial el artículo 65 CST, el artículo 90 (sic) de la, del código, de la Ley 50 de 1990, que son puntos desfavorables para mi representado en el presente asunto, a pesar de haber tenido un pronunciamiento su despacho que en unos aspectos positivos sobre..., al haber ordenado la existencia de un contrato de trabajo entre el señor JAIRO MENESES RIAÑO y la empresa SALUDVIDA S.A. EPS. En esos términos dejo expuesto el recurso de apelación su señoría, y gracias por la atención’.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL9518-2015 M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO: “(...) a la luz del artículo 57 de la Ley 2 de 1984 y de la jurisprudencia actual de esta Sala de la Corte, el apelante tiene la obligación de sustentar de manera expresa y concreta sus cuestionamientos frente a la decisión de primera instancia a fin de que el ad quem se pronuncie, pues dicha disposición no avala que se hagan entendimientos tácitos tal como lo pretende el hoy recurrente los cuales resultan contrarios al principio de consonancia referido en líneas anteriores. (...) es claro que la censura no puede pretender que los argumentos planteados en dichos alegatos subsanen de alguna

fue excluida expresamente en la fijación del litigio que realizó la Juez de primera instancia el 22 de febrero de 2021, decisión que no fue objeto de oposición⁴.

No fueron objeto de apelación las siguientes conclusiones de la sentencia de primera instancia que no fueron apeladas: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo de término indefinido del 1° de octubre de 2001 al 25 de enero de 2017; (ii) que las cesantías causadas por el actor entre octubre de

manera cualquier posible deficiencia existente en el recurso de apelación, pues el principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S. limita el pronunciamiento de segundo grado a los temas planteados en la apelación, no aquellos contenidos en escritos anteriores o posteriores, tal como aduce el censor referentes a los alegatos presentados antes de emitirse sentencia de fondo. (...) a la luz del principio de consonancia el apelante debe efectuar la manifestación expresa respecto de cada uno de los puntos de inconformidad, sin que se puedan entender algunos subsumidos en otros, por lo que la conexión o relación que pueda tener una pretensión respecto de otra, no exonera al apelante, bajo ninguna circunstancia, de su obligación de fundamentar los reproches en los términos del artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S.

⁴ Ver Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencias SL4028-2017, SL9013-2017, SL2980-2021, SL5290-2021, entre otras. En SL2010-2019 M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, señaló la Corte: “(…), el legislador se ha valido de varios institutos procesales tendientes a delimitar el marco de la discusión y a desarrollar un proceso plenamente congruente y dotado de sentido. (...), en el curso de la primera instancia, una vez trabada la relación jurídico procesal, el juez debe fijar el litigio (artículo 77 del CPTSS), que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate, igual que los quedan fuera del mismo, por haber sido admitidos o abandonados por las partes (Ver CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 25844, CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, CSJ SL9318-2016). (...), sobre el recurrente pesa la carga de exponer y clarificar los motivos de su inconformidad, además de «...sustentar en forma más o menos detallada las razones con las que procura se le conceda su aspiración...» (CSJ SL7220-2016), sin necesidad, eso sí, de acudir a fórmulas sacramentales, de manera que un recurso ordinario se convierta en extraordinario (CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 34215, CSJ SL13179-2015, CSJ SL818-2018, entre otras). Esa carga de sustentación, vale la pena resaltarlo, debe respetar un marco de coherencia general, trazado por el objeto del proceso previamente delineado en la instancia, y un marco de coherencia especial, definido por las decisiones y motivaciones de la decisión que se impugna. (...) el recurrente tiene que ser fiel con el marco del proceso y de la decisión a la que se refiere, aclarando cuáles son los puntos materia de su inconformidad y las razones que tiene para ello. (...). (...), el legislador propende por un proceso laboral dinámico y coherente, de manera que en todas las instancias, inclusive en sede del recurso extraordinario de casación, se respeten los contornos y límites de la discusión proyectada desde cuando se traba la relación jurídico procesal y no se instaure una especie de foro abierto en el que sea posible desarrollar cualquier tipo de discurso o plantear cualquier tipo de disputa.(...) al Tribunal le resulta forzoso resolver sobre las materias propuestas en el recurso de alzada, de manera que entre el objeto de la impugnación y lo resuelto exista una relación de correspondencia. Como también ya se analizó en precedencia, ello no implica que el juzgador de segundo grado esté atado a los argumentos del apelante o a la calificación jurídica que de los hechos promueva, no obstante lo cual, en términos generales, sí debe guardarle fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en las instancias, «...sin que pueda, entonces, entrar a controvertir, reestudiar o modificar aquellos aspectos de la providencia que no fueron discutidos por los interesados...» (CSJ SL, 17 mar. 2009, rad. 31350)”.

2001 a marzo de 2004 no fueron consignadas a un fondo, mientras las causadas con posterioridad y hasta la finalización del vínculo fueron consignadas de forma deficitaria, por no incluir el salario real devengado; y (iii) que no se acreditó en el expediente buena fe de la encartada quien no propuso recurso de apelación sobre este aspecto desfavorable a sus intereses de la sentencia de primera instancia.

Así las cosas y en consonancia con el recurso de apelación, el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS) si la sanción que contempla del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se debió conceder a partir del 15 de febrero de 2002.

Para resolver lo que corresponde los artículos 151 del CPTSS y 488 y 489 del CST, disponen que las acciones para el reclamo de los *derechos sociales* prescriben pasados 3 años “*desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible*”. Dicho término puede ser interrumpido mediante el reclamo escrito al empleador “*sobre un derecho o prestación debidamente determinado*”, caso en el cual el término correrá nuevamente por un lapso igual.

La *exigibilidad* a la que refiere la norma citada se da en obligaciones sometidas a término cuando dicho término o plazo ha transcurrido⁵, como ocurre con la obligación de consignar en un Fondo autorizado para el efecto el valor de la liquidación del auxilio de cesantías que se pudo causar en el año anterior, para la cual el artículo 99 numeral 3 de la Ley 50 de 1990 otorga al empleador plazo *hasta* el 15 de febrero.

Con este fundamento normativo, se confirmará la decisión de primera instancia que declaró la prescripción parcial de la acción que pretende el pago de sanciones por no consignación de las cesantías que se hubieran causado

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3169-2014, citada en la Sentencia SL13155-2016 M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO: “*Con todo, interesa recordar que para la jurisprudencia de la Corte, los plazos de los términos prescriptivos empiezan a correr, como lo dice expresa, explícita e inequívocamente la ley, desde cuando las obligaciones se hacen exigibles (verbigracia, artículos 488 Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) y la exigibilidad de las obligaciones se predica desde cuando estando sometidas a plazo o condición, acaece aquél o se cumple ésta, es decir, desde cuando sean puras y simples*”.

antes del 28 de febrero de 2014, pues la demanda fue radicada el 28 de febrero de 2017 (carpeta 01 archivo 01 folio 60), y el incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías a un Fondo se hizo exigible y se podía reclamar desde el 15 de febrero de cada año que transcurrió desde el 2002.

Para responder a los argumentos del recurrente, se debe advertir que las providencias a que hace mención se refieren a la prescripción de la acción dispuesta para reclamar el cumplimiento de una obligación de dar: el pago al trabajador del *auxilio de cesantías* (que surge al terminar el contrato artículo 249 CST), y no a la prescripción de la acción para reclamar el cumplimiento de una obligación de hacer: la *consignación* anual de la liquidación anual en un Fondo autorizado, que se puede exigir en un momento diferente como se vio en párrafos previos.

Costas en segunda instancia a cargo del demandante.

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

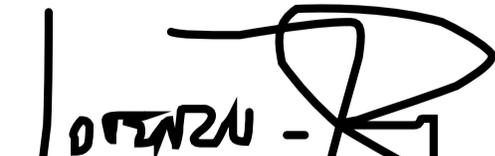
RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO BERRANO BAQUERO
Magistrado

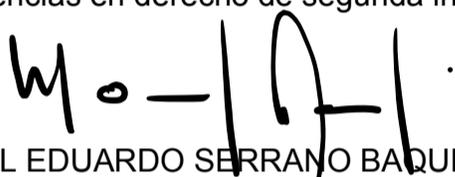


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado .



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYANSE en la liquidación de COSTAS la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$300.000) 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 TEÓDULO ÁLVAREZ MONTAÑEZ 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., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 3 de febrero de 2022 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Jeimmy Carolina Buitrago Peralta, quien se identifica con T.P. 199.923, para actuar como apoderada principal de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, TEÓDULO ÁLVAREZ MONTAÑEZ 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* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido 4 de agosto de 1995, mediante un formulario que no indicaba el producto vinculado ni respetó el término de permanencia señalado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en que se le indujo a error al no haberse proporcionado una información clara, oportuna y confiable, pues no indicaron que su pensión sería mejor en COLPENSIONES ni la variabilidad de la misma en el RAIS. Tampoco se le indicó la oportunidad de trasladarse previo a estar incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Efectuadas las proyecciones pensionales con posterioridad, evidenció que la del RAIS sería muy inferior a la que obtendría en el RPM. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a las AFP demandadas tramitar su traslado al RPM administrado por COLPENSIONES, con la entrega de los dineros de su cuenta de ahorro individual, rendimientos comisiones descontadas por gestión administrativa y pólizas de seguros, así como que *asuman las consecuencias económicas* de la falta de información y asesoría (ver demanda en carpeta 01 folios 5 a 33).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que previo a la suscripción del formulario de afiliación se brindó una asesoría integral sobre las implicaciones de su decisión, las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como sobre la opción de retracto y las condiciones necesarias para alcanzar la prestación en el RAIS, sumado a que el traslado a dicha entidad se dio desde otra AFP en el año 2008. Resaltó que no se cumplen los presupuestos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. La afiliada se

encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y no cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Agregó que el traslado al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. Tampoco se dan los presupuestos para reclamar indemnización por daños y perjuicios. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago* (ver contestación en carpeta 03 archivo 02 folios 1 a 20).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con base en que la afiliación a la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., se efectuó de manera libre y voluntaria, previa asesoría completa, clara y comprensible, acorde a la normatividad vigente, como lo manifestó en el formulario correspondiente, según lo establecido en el Decreto 692 de 1994 y en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, sin que sean exigibles requisitos creados con posterioridad. El sistema de seguridad social es público y su regulación se encuentra estipulada en la Ley, sin que sea dable a las partes pactar condiciones diferentes y, por ello, su desconocimiento no es excusa. Nunca se presentó inconformidad ni se hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado, durante la afiliación a dicho régimen. Por el contrario, se trasladó al interior del mismo, como muestra de su convalidación del mismo. No se advierte pues, causal alguna de ineficacia y, en todo caso, se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, sin que se acrediten los

presupuestos de la Sentencia SU-062 de 2010. La modificación en el monto de la mesada se dio por cambios normativos y en la expectativa de vida, sin que ello implique un vicio en el consentimiento. Agregó que el traslado al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. Considera que, en todo caso, únicamente procedería la devolución de los aportes y sus rendimientos, no así los valores descontados por comisión de administración, por cuando se hicieron por disposición legal y cumplieron su destinación, ello también en virtud de las restituciones mutuas. 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 en carpeta 06 archivo 02 folios 1 a 25).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, también contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, según formulario de afiliación suscrito voluntariamente con la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN, aplicando las normas vigentes para la época, sin que haya probado lo contrario, así como con la posterior afiliación a COLFONDOS S.A. 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, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y la ignorancia de la Ley no es excusa. Así mismo, la causal de

nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. En caso de acceder a la declaratoria de *nulidad*, solicita se garantice la devolución de la totalidad de los aportes para el financiamiento de las pensiones, pues la responsabilidad recae directamente en las AFP. Propuso como excepciones de mérito: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, 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 constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica* (ver contestación en carpeta 08 archivo 02 folios 1 a 22).

Terminó la primera instancia con sentencia de 3 de febrero de 2022, mediante la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que el demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Al tratarse de valores íntimamente ligados a la prestación pensional, no son susceptibles de prescripción.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor TEÓDULO ÁLVAREZ MONTAÑEZ, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo*

el 14 de diciembre de 1998, a través de COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y los bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales, y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas al momento de su pago. TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante, durante la vigencia de la afiliación de éste con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones, incluidas las primas de seguros previsionales, y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento de su pago. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos, los aportes a la historia laboral del demandante TEÓDULO ÁLVAREZ MONTAÑEZ. QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. Líquidense como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV a cargo de cada una de las mismas. SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.” (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2022 – carpeta 13 archivo 04 Min. 55:03).

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, a través de su apoderada, pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto si bien la jurisprudencia citada refiere a la obligación de cumplir el deber de información por parte de las AFP, lo cierto es que éste

ha variado con el transcurso del tiempo y para el año del traslado -1995- era imposible prever el eventual monto pensional, por lo que resulta válida la suscripción del formulario correspondiente, de forma libre y voluntaria, así como el suscrito con COLFONDOS en 2008. Se debe tener en cuenta que el demandante no tenía expectativa legítima de alcanzar el derecho pensional en el RPM y, por el contrario, prefirió permanecer en el RAIS con un traslado horizontal en lugar de retornar al RPM, y permaneció en dicho régimen durante varios años sin presentar inconformidad. Resaltó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen contenida en la Ley 797 de 2003, norma que busca proteger el principio constitucional de estabilidad financiera del sistema, sin que cumpla lo señalado en la Sentencia SU-062 de 2010. Solicita se absuelva de la condena en costas a la entidad, pues es llamada únicamente por ser la entidad que debe recibir al demandante al declararse la ineficacia de su traslado (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2022 – carpeta 13 archivo 04 Min. 57:12).

En recurso, la apoderada de PROTECCIÓN S.A. pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que los descuentos de gastos de administración se efectuaron por disposición legal y también habrían sido efectuados en caso de afiliación a COLPENSIONES, en el cual no se habrían generado rendimientos. En caso de ordenar la entrega de éstos, se debe disponer la devolución de los rendimientos entregados a COLFONDOS al momento del traslado del afiliado a dicha entidad, pues los mismos no se habrían generado al volver las cosas al estado anterior en virtud de la ineficacia o *nulidad* declarada. (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2022 – carpeta 13 archivo 04 Hora 1:02:12).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le 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 35 años de edad y había cotizado 627,86 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 10 años, 11 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 59 años de edad – ver carpeta 01 folios 3 y 90 y expediente administrativo carpeta 08 subcarpeta 03).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en carpeta 08 archivo 02 folios 23 a 26.

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, 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*

³ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Indicó allí que su traslado se dio cuando el área de recursos humanos de la empresa en que trabajaba los citó a una reunión para que los asesores de COLMENA quienes les indicaran cómo serían manejadas sus pensiones de ese momento en adelante. En dicha reunión le dijo que dicho fondo privado había sido creado para manejar todas las pensiones de todos los trabajadores, pues el ISS sería liquidado por el gobierno, por lo que quienes no se afiliaran a dicha AFP no podrían pensionarse nunca. Luego de exponer cifras sobre la entidad, los llamaron a diligenciar los formularios con otros asesores y firmar. No tuvo oportunidad de hacer preguntas, no se le explicó sobre la cuenta de ahorro individual, aportes voluntarios ni otras características. Tampoco recibió dicha información en su posterior traslado a COLFONDOS S.A. (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2022 – carpeta 13 archivo 04 Min. 12:27).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*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 COLFONDOS S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, así como a cargo de ésta y de PROTECCIÓN S.A. devolver las sumas descontadas a título de gastos de administración a COLPENSIONES, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia, los valores se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En respuesta al recurso de COLPENSIONES, se confirmará la condena en costas que se le impuso, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en carpeta 08 archivo 02 folios 1 a 22).

COSTAS en apelación a cargo de COLPENSIONES y 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

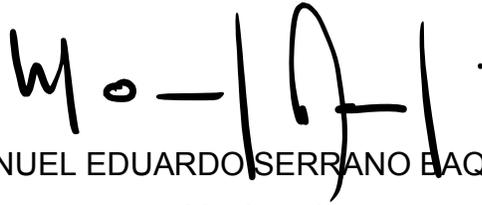
- 1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto,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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

EXP. 36 2019 00899 01

Teóduo Álvarez Montañez Vs Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Otras



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ROSA NELLY VANEGAS LEÓN CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 23 de febrero de 2022 por la Juez Treinta y Seis (36) 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 Karen Julieth Nieto Torres, quien se identifica con T.P. 280.121, 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, ROSA NELLY VANEGAS LEÓN 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 o* ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 1º de agosto de 2000, con fundamento en que su traslado se efectuó sin la debida información acerca de las *bondades, requisitos y/o condiciones* de los regímenes pensionales, los riesgos y *depreciación* de su mesada con su traslado respecto del salario devengado, pues se limitaron a señalar que se podría pensionar en cualquier momento, y pese a tener 1479,29 semanas cotizadas, le fue negada la prestación por *no contar con capital suficiente*. Como consecuencia de lo anterior, pide se tenga como afiliada a COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene a la AFP el traslado de los aportes, *bonos* y los rendimientos, así como los gastos de administración debidamente indexados (ver demanda en carpeta 01 archivo 03).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que la entidad no tuvo relación alguna en la decisión de traslado de la actora, quien se encuentra válidamente afiliada al RAIS, según formulario de afiliación suscrito libre y voluntariamente, sin que obre medio probatorio que acredite vicio alguno, carga de quien lo afirma y no de las demandadas, a quienes se les debe respetar el debido proceso y la confianza legítima de contar con los soportes vigentes para una determinada calenda. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema. Resaltó que no existe claridad acerca de si la demandante se encuentra pensionada o no. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal 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 géneris de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema Acto Legislativo*

01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021 e innominada o genérica (ver contestación en carpeta 06 archivo 02 folios 1 a 20).

Mediante auto del 13 de enero de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por parte de PROTECCIÓN S.A. (ver carpeta 07).

Terminó la primera instancia con sentencia de 23 de febrero de 2022, mediante la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Al tratarse de valores íntimamente ligados a la prestación pensional, no son susceptibles de prescripción.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora ROSA NELLY Vargas, VANEGAS LEÓN del régimen de prima media con prestación definido al régimen de ahorro individual, que se hizo efectivo el 1º de agosto del 2000, a través de Protección S.A. SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluido los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima. Sumas que deben ser debidamente indexadas a la fecha de su pago. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la*

demandante ROSA NELLY VANEGAS LEÓN. CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. QUINTO: Condenar en costas a la AFP PROTECCIÓN, liquídese con la suma de 1 Salario Mínimo como agencias en derecho, perdón, CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN y COLPENSIONES, liquídese como agencias en derecho la suma de 1 Salario Mínimo Legal Mensual Vigente a cargo de cada una de las mismas. SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 23 de febrero de 2022 – carpeta 17 archivo 01 Min. 30:24).

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto el traslado se dio de manera libre, voluntaria y consciente de la demandante, sin que presentara inconformidad alguna durante todo el tiempo de afiliación, lo que ratifica la misma. Se deben tener en cuenta las diferentes etapas de exigencia en la asesoría a los afiliados, sin que la mismas puedan tener carácter retroactivo. Así mismo, la demandante se encuentra incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, destinada a proteger la estabilidad financiera del sistema y evitar su descapitalización. Sin perjuicio de lo anterior, pide no se condene en costas a la sociedad por ser ajena a la relación contractual que dio origen al presente trámite (Audiencia virtual del 23 de febrero de 2022 – carpeta 17 archivo 01 Min. 31:58)¹.

¹ “Si su señoría, muchas gracias, me permito interponer recurso de apelación para efectos de que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral revoque el fallo del a quo, como quiera que el interrogatorio de parte y de las pruebas documentales y se puede establecer que no existe un error de hecho sino de derecho; el cual con el paso del tiempo fue subsanado, sólo, no sólo por la voluntad que se plasmó en el formulario de afiliación y su vocación de permanecer en el régimen privado se dio por un periodo prolongado. Que, si bien es cierto, pues, en los fallos de la Corte Suprema de Justicia la Corte ha indicado el que el deber de información sea acreditar en todos los procesos, indistintamente de que los accionantes sean o no beneficiarios del régimen de transición, lo cierto es que ese deber de información ha venido variando con el paso del tiempo y luego para, o pues, la ley 100 del 93 ya hablaba de que la elección del régimen pensional fuera el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen, la misma ley, si bien no habla de hacer comparaciones o simulaciones, teniendo en cuenta el número de semanas de cotización, la edad o las fluctuaciones del mercado, y es que se reitera que para aquella época la demandante le faltaba más de 15 años para alcanzar la edad del estatus pensional. Les solicitó, pues, a los Honorables Magistrados que estén en cuenta aquella prohibición de que trata el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, el cual modificó el literal, el artículo 3 de

En recurso, PROTECCIÓN S.A., a través de su apoderada, también pidió que se revoque parcialmente la decisión en cuanto a ordenar la devolución de las comisiones, los gastos de administración, pues constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, y se desconocería la gestión de la AFP que ha generado importantes rendimientos financieros cuya devolución también se ordena. Resaltó que en el RPM también se descontarían tales dineros por disposición legal y, en todo caso, no están destinados a financiar la pensión sino que se invirtieron en la gestión de la entidad y en las primas de seguros previsionales, cuya cobertura se dio durante la afiliación de la actora, por lo que no es posible su recobro a la aseguradora. De ser el caso, se debe declarar la prescripción de los referidos dineros al no pertenecer a los afiliados ni guardar relación con el reconocimiento pensional (Audiencia virtual del 23 de febrero de 2022 – carpeta 17 archivo 01 Min. 35:54)².

la Ley 100 del 93, teniendo en cuenta, pues, que se ha establecido una temporalidad para cambiarse de uno a otro régimen; además, pues, no es frus, no es posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico del que la demandante fue parte sin ninguna presión y que abiertamente, pues, reconoció, no se interesó; faltando a sus obligaciones que estaba en el deber de cumplir, pues, lo que estaba firmando en ese momento, pues, era la administración de sus aportes pensionales. Luego no es de recibir, inculpar solamente a las administradoras de pensiones de una negligencia en la que también ella fue parte, mucho menos que sea COLPENSIONES, un tercero completamente ajeno a dicho negocio jurídico, que en últimas entre a responder pues aun cuando la AFP regrese todos los valores provenientes de la cuenta de ahorro individual se ha afectado gravemente el principio de la sostenibilidad financiera una vez COLPENSIONES tenga que reconocer las futuras pen, prestaciones. Por lo tanto, les solicité a los Magistrados que se tenga en cuenta aquella provisión que anteriormente se señala, pues el objetivo perseguido o el objetivo pues del, de este, de este principio es evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común por un tiempo prolongado pudiesen trasladarse al Régimen Público, pues cuando estuvieran próximos a cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Le solicité a los Magistrados, dadas las resultas del proceso y en caso tal que, que se confirme la decisión, no condenar en costas a mi representada como quiera que la misma es una, pues, no tuvo injerencia en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, en este, en ese sentido, pues en el formulario de afiliación, pues es un tercero de buen gel, el cual, pues, no ha faltado a la, a la verdad y pues como tal ha actuado de buena fe, en la principio de esta actuación procesal, por lo tanto pues les solicité en cierta manera pues que se revoque la decisión. De esta manera su señoría dejo o Honorables Magistrado, dejo sentado mi recurso de apelación, muchas gracias”.

² “Gracias su señoría, estando dentro de la oportuna etapa procesar me permito interponer recurso de apelación y les solicité a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que se revoque la sentencia que se acaba de preferir en lo relativo a condenar a PROTECCIÓN a trasladar los gastos de administración por todo el tiempo que lleva afiliada la señora ROSA NELLY VANEGAS LEÓN a mi representada. Toda vez que, con la condena de primera instancia, que ordena a mi representada devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, más los rendimientos financieros generados y, adicionalmente, lo descontado por gastos de administración; pues en si se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, o recibir, pues, unos

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).

dineros que ni siquiera son destinados a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente, pues, ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada por PROTECCIÓN S.A. durante estos años que llevará la demandante afiliada al régimen de ahorro individual, por lo que mi representada, pues, tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para tenérsela que trasladar a COLPENSIONES. Ahora es de resaltar que el mencionado descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional, y opera en ambos regímenes, tanto en el régimen de Ahorro Individual como en el régimen de Prima Media, y por eso, pues, se insiste que estos dineros no deben de ser trasladados y mucho menos indexados a COLPENSIONES, toda vez que se les está trasladando una rentabilidad bastante generosa, tal y como obra dentro del expediente, el certificado de rendimientos; donde los aportes de la señora ROSA NELLY, pues, lo único que hicieron durante estos años fue generar una rentabilidad bastante importante en su cuenta de ahorro individual. Frente a la prima del seguro previsional, pues, se debe manifestar que está ya fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía pagará una suma adicional con el fin de financiar las pensiones de dichos conceptos, e inclusive, pues, la mencionada prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la parte demandante; y mi representada, pues, está imposibilitada para solicitar una devolución de dicho dinero y tenérsela que trasladar a COLPENSIONES, toda vez que en este caso, pues, la aseguradora es solamente un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la parte demandante y PROTECCIÓN S.A.. Y pues también es, es importante resaltar que frente al cobro del 3% destinado para comisión de administración y para financiar las primas del seguro previsional, pues, sí opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y no financian directamente la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que si prescriben de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del Código de Trabajo, en armonía con el artículo 151 del Código Procesal Laboral; que establecen que en el transcurso del tiempo de 3 años hace que opere pues dicho fenómeno jurídico. Por todo lo anterior dejó así expuesto mi recurso de apelación, solicitando respetuosamente que se revoque parcialmente la sentencia que se acaba de proferir y se absuelva a mí representa a trasladar a COLPENSIONES dichos dineros de gastos de administración, muchas gracias”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 35 años de edad y había cotizado 583,29 semanas³, para la fecha entrada en

³ Ver historia laboral actualizada por Colpensiones en expediente administrativo – carpeta 06 subcarpeta 04.

vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 9 meses y 1 día)⁴, 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 carpeta 01 archivos 02 y 07 folio 1).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{5 6}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

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

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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, 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*” (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues solo indicó que su traslado se dio al hablar con un asesor de PROTECCIÓN que *los visitó* en la compañía en que trabajaba, le indicó los beneficios sin señalar las condiciones para acceder a una pensión o una determinada mesada pensional (Audiencia virtual del 7 de febrero de 2022 – carpeta 14 Min. 12:03).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de 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 sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de

2019 y SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la Juez de primera instancia dineros por, los valores se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

En respuesta al recurso de COLPENSIONES, se confirmará la condena en costas que se le impuso, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en carpeta 06 archivo 02 folios 1 a 20).

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

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

RESUELVE

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



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE FABIOLA DE LAS MERCEDES ACOSTA NIÑO
CONTRA IMOCOM S.A.S.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación presentado por la sociedad demandada contra la sentencia dictada por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de septiembre de 2021, en la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo, y CONDENÓ al pago de cesantías e intereses, sanción por no pago de estos últimos, primas de servicio, sanciones por no consignación de las cesantías en un fondo y por *falta de pago*, y la indexación de los intereses sobre las cesantías, sanción por su no pago, y declaró parcialmente probada la prescripción.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, FABIOLA DE LAS MERCEDES ACOSTA NIÑO presentó demanda contra IMOCOM S.A.S., para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo del *15 de septiembre de 2005 al 31 de enero de 2019*, y que la *póliza colectiva de salud* recibida tenía un carácter salarial; y se condene al pago de primas de servicios, cesantías, intereses sobre cesantías y la sanción por su no pago, vacaciones, reliquidación de aportes a seguridad social en pensiones del *4 de diciembre de 1989 al 31 de agosto de 2005* y la devolución de éstos y lo

destinados a salud a partir del 15 de septiembre siguiente, y las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratorias por no pago de intereses de cesantías y por no pago de salarios y prestaciones a la terminación del vínculo.

Como fundamento de lo pedido afirma que inicialmente estuvo vinculada con la demandada mediante un contrato laboral a término indefinido del 4 de diciembre de 1989 al 31 de agosto de 2005, en el cargo de *secretaria de la gerencia de plásticos y empaques*, con horario de 7:30 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes y *turnos* frecuentes los sábados, vínculo que terminó para adelantar las gestiones de acceso a su pensión de vejez. Acto seguido, suscribió un *aparente* contrato de prestación de servicios, el 15 de septiembre de 2005, que se mantuvo hasta el 31 de enero de 2019, tiempo en el cual continuó ejecutando las mismas funciones y horario. Mantuvo la denominación del cargo hasta el 25 de abril de 2017 cuando fue modificada al de *coordinadora de compras internacionales*, bajo continuada subordinación, como se evidencia en diversos requerimientos mediante correo electrónico y en las evaluaciones realizadas por la Gerencia de División de Plásticos y Empaques, y por el Jefe de Compras. Anualmente debía *comunicar* al superior inmediato las fechas en que tomaría 15 días de vacaciones, tiempo que nunca fue descontado de sus pagos mensuales. Presentó cuentas de cobro al empleador por \$2.000.000 mensuales en 2005, con incrementos anuales hasta los \$3.744.000 en los años 2018 y 2019. Durante toda la relación - mediante vínculo laboral y de prestación de servicios- hizo parte del convenio de *medicina prepagada*, para lo cual autorizó descuentos de sus pagos mensuales que ascendieron a \$853.000 cada mes del *último año*. Afirma que otros empleados pese a haber adquirido el *status* de pensionados, sí fueron vinculados mediante contrato de trabajo, y que en reiteradas ocasiones reclamó la naturaleza laboral de su último vínculo, incluso presentó petición a su empleador el 26 de marzo de 2019, que fue resuelta negativamente en “*marzo 3 de 2019*” y que el contrato aparente de *prestación de servicios* terminó por decisión unilateral del empleador (Ver demanda en archivo 01 folios 1 a 10).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por IMOCOM S.A.S. mediante apoderado, quien aceptó que entre las partes existió una relación laboral hasta el 31 de agosto de 2005, fecha en la cual la demandante presentó renuncia voluntaria para *acceder al retroactivo* de la pensión de vejez cuyo reconocimiento se encontraba adelantando ante el ISS. Resaltó que durante dicho vínculo reconoció la totalidad de derechos y acreencias laborales de la actora. Dada la trayectoria y conocimientos de la actora, la sociedad decidió celebrar un contrato de prestación de servicios, ante la imposibilidad legal de vincular laboralmente a los pensionados según concepto 1480 de 2003 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, para lo cual suprimió funciones y responsabilidades, y no ejerció subordinación alguna. Tampoco se mantuvo la denominación del cargo como erradamente lo señala la demanda. Dicho vínculo *civil* estuvo vigente del 1° de octubre de 2005 al 31 de enero de 2019, en el cual la demandante realizó sus actividades con total autonomía e independencia profesional. En cuanto a los correos electrónicos señalados en la demanda, resalta que de los mismos no se evidencia ejercicio de poder subordinante, al punto que en uno de ellos la misma demandante manifiesta que lo allí indicado no le compete y que en todo caso, *“antes como empleado, ahora como contratista, he tratado de cumplir el horario estipulado por la empresa”*. Resaltó que desde 1990 la trabajadora se acogió al plan de *medicina prepagada* de la empresa, para lo cual autorizó el descuento de una porción de su salario, beneficio que la sociedad mantuvo incluso durante el vínculo por *prestación de servicios*, sin que en modo alguno el mismo se encaminara a retribuir la labor prestada. Propuso como excepciones de fondo: *falta de causa, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación* (ver contestación en archivo 01 folios 92 a 130).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de septiembre de 2021, en la cual el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo, CONDENÓ al pago de cesantías e intereses, sanción por no pago de estos últimos, primas de

servicio, sanciones por no consignación de las cesantías en un fondo y por *falta de pago*, y la indexación de los intereses sobre las cesantías, la sanción por su no pago, y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo. Declaró parcialmente probada la prescripción. Para tomar la decisión encontró acreditada la prestación personal del servicio a favor de la demandada, en idénticas actividades para las que estuvo vinculada mediante contrato de trabajo, las cuales están relacionadas directamente con el objeto social de la empresa y sin que se hubiera desvirtuado la subordinación. Declaró la prescripción parcial de algunos derechos.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante FABIOLA DE LAS MERCEDES ACOSTA NIÑO y la sociedad IMOCOM S.A.S., existió un contrato de trabajo sometido a las reglas de los contratos de trabajo a término indefinido, vigente entre el 1º de octubre del 2005 y el 31 de enero del año 2019. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada IMOCOM S.A.S. a pagarle a la demandante FABIOLA DE LAS MERCEDES ACOSTA NIÑO, las sumas que continuación se indican por los siguientes conceptos: a) \$42.209.100 por concepto de cesantías. \$1.976.832 por concepto de intereses de cesantías, incluyendo la sanción por el no pago (sic). c) \$88.108.800 por sanción por no consignación de las cesantías en un fondo. d) \$8.236.800 por concepto de prima de servicios. Y, el equivalente a un día de salario por cada día de retardo y hasta por 24 meses, partiendo de la asignación salarial de \$3.744.000, esto por concepto de indemnización por falta de pago. Todo lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que los conceptos relacionados con intereses de cesantías y su sanción, así como la sanción por no consignación de las cesantías en un fondo, deberán ser indexados, tomando para el efecto del IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula de índice final sobre índice inicial por valor histórico, que corresponde al valor de cada una de estas condenas, igual a valor indexado. Así, como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al del mes de enero del año 2019 y como índice final del mes en que se verifique el pago por parte de la demandada. Todo lo anterior, se retira, por lo señalado en la parte motiva*

de la presente sentencia. TERCERO: ABSOLVER a la sociedad IMOCOM S.A.S. de las demás pretensiones formuladas en la demanda, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. CUARTO: EXCEPCIONES. Se declara probada la excepción de prescripción respecto de acreencias laborales causadas con anterioridad al 19 de noviembre del año 2016, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. No probadas las excepciones respecto de las condenas infligidas, y frente a las absoluciones producidas, el Despacho se considera relevado del estudio de las planteadas. QUINTO: COSTAS. Lo serán cargo de la demandada. En firme la presente providencia, por Secretaría, practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$3.000.000, en favor de la demandante” (Audiencia virtual del 17 de septiembre de 2021 - archivo 08 Hora 1:04:30).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recuro, el apoderado de la sociedad demandada aduce que no se tuvieron en cuenta las documentales –cuentas de cobro- ni el testimonio de Martha Mendoza a fin de determinar que, en efecto, no se presentó una relación subordinada, sino un vínculo independiente de prestación de servicios, lo que era de pleno conocimiento de la demandante como lo admitió en su interrogatorio de parte. Sin perjuicio de ello, en caso de confirmar la existencia de la relación laboral, se debe absolver de las indemnizaciones moratorias, pues la compañía actuó de buena fe al considerar que se encontraba ejecutando un verdadero contrato de origen civil, sumado a que con el fin de no afectar económicamente a la actora le reconoció un mayor valor a título de honorarios para cubrir eventuales montos que habría dejado de recibir como prestaciones sociales (Audiencia virtual del 17 de septiembre de 2021 - archivo 08 Hora 1:08:05)¹.

¹ *“Sí señor. Bueno. Manifiesto respetuosamente al despacho lo... que interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho, señoría. En el sentido de que pues, mi representada se separa totalmente de las consideraciones de la demanda. Nos parece que no se está separando totalmente del análisis de las... de las pruebas presentadas en el proceso, de las documentales donde se demostraba como la trabajadora la señora Fabiola Acosta, trabajadora en un principio vinculada con un contrato de prestación de servicios, pasaba sus cuentas de cobro del momento del que inició su*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que las partes suscribieron un contrato de prestación de servicios personales desde el 1º de octubre de 2005 al 31 de enero de 2019.

En consonancia con los recursos de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si se acreditó la existencia de contrato de trabajo entre 1º de octubre del 2005 y el 31 de enero del año 2019, y, en dado caso: (ii) si hay lugar al reconocimiento y pago de las sanciones moratorias por no

relación en el año 2005 por prestación de servicios, mes a mes. Nunca presentó reclamación alguna sobre esa relación de prestación de servicios y, adicionalmente, en el plenario quedó demostrada la razón por la cual esa prestación de servicios se realizó. Ella manifestó en su declaración de parte cómo, efectivamente, con el fin de solicitar su pensión de vejez, había solicitado... que había renunciado al servicio de la empresa para que le dieran retroactivo de su pensión de vejez y luego le habían ofrecido trabajar de manera independiente. Hay una declaración de la doctora Martha Mendoza que el despacho ha desatendido totalmente en donde ella fehacientemente manifiesta cómo Fabiola Acosta todo el tiempo le decía que ella ya no quería de ninguna manera cumplir con ninguna orden y que ella quiere... quería trabajar de manera independiente, como lo hacía y lo hizo durante ese periodo de 2005 hasta el 2019. Resulta pues bastante extraño cómo esta persona, después de todas las consideraciones que se tuvo con ella en la empresa, viene resultando ahora a presentar una demanda en contra de la misma para hacer reclamaciones que no le corresponden. Si... si en un evento remoto la relación laboral estuviera demostrada o que no se pudiera haber desvirtuado la consideración de ella, al menos el despacho debería absolver a mi representada de... por efecto de las indemnizaciones relacionadas con las supuestas cesantías que se debieron haber cancelado y la indemnización moratoria por falta de pago de las prestaciones sociales del artículo 65, puesto que, señor juez, está a las claras la buena fe de parte de mi representada en el sentido de que nunca se tuvo el entendimiento de que esta fuera una relación laboral la que se tenía con la señora Fabiola Acosta, y en modo alguno se buscaba desviar el pago de esas prestaciones sociales cuando a ella se le estaba pagando a través de honorarios la relación que tenía con la empresa. De hecho, los honorarios que se le pagaron tuvieron en cuenta una eventual relación laboral para no perjudicarla a ella y allí estaban incluidas unas eventuales prestaciones sociales, para que la relación de prestación de servicios fuera totalmente integral, y esto la señora Fabiola Acosta lo sabía perfectamente. Si, entonces existe toda una buena fe de parte de la empresa, que mucho le extraña a mi representada que ahora esté resultando condena. También sobre una indemnización moratoria, siguiendo lo anterior, así el Tribunal, el honorable Tribunal, debería reconocer los argumentos presentados durante la demanda tener en cuenta los... la prueba documental. Tener en cuenta todas las cuentas de cobro que la señora Fabiola Acosta presentó a lo largo de su vinculación a través de prestación de servicios en donde ella misma de su puño y letra presentaba sus cuentas de cobro y no presentaba reparo alguno sobre ellas. Aceptaba que le dedujeran el valor de... de la medicina prepagada a la que la que hicieron seguir beneficiando, lo que denota que ella de modo alguno estaba obligada por la relación que estaba manteniendo de manera independiente en la compañía. Y de esta manera, si queda demostrado que no existió una relación laboral, mi representada resultara absuelta de... el pago de todas la prestaciones sociales ya condenado el despacho, así como de la indemnización moratoria despachada dentro del presente proceso. Sí, pues, me encuentro conforme naturalmente con aquellos... pretensiones en las cuales resulté absuelto. Muchas gracias, juez".

consignación de cesantías a un fondo y por no pago de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo.

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

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal* según la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por un contrato de trabajo.

Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos que sean presumidos por el legislador. Por ello, probada la prestación de servicios personales opera la presunción de subordinación, y se traslada la carga de la prueba al demandado quien debe aportar al proceso pruebas pertinentes y suficientes de las cuales se pueda concluir que la actividad o *servicio personal* se desarrolló con *autonomía técnica y directiva*.

Se debe advertir en casos como el que se estudia, que si bien la subordinación jurídica laboral que define el artículo 23 del CST y presume el 24 *ibídem*, implica para el empleador la posibilidad de impartir órdenes al trabajador sobre

el modo, el lugar, y el tiempo de ejecución de las labores, y estos aspectos resultan de fácil percepción en la mayoría de relaciones de trabajo, merecen especial atención cuando la relación de trabajo se ejecuta con quien ejerce una profesional liberal o tiene altos conocimientos técnicos especializados en la materia objeto del servicio, pues de estas circunstancias se deriva, necesariamente, cierta autonomía en el desarrollo de las funciones que se encomienden en cuanto al *MODO* en que se deben ejecutar. En tales situaciones -en consecuencia- la subordinación se expresa más que en la posibilidad impartir órdenes sobre aspectos que el trabajador conoce por su formación académica o sus conocimientos técnicos especializados, en la disposición por parte del empleador del lugar de prestación del servicio, o del uso de materiales o elementos de trabajo que él suministra, o en la exigencia de una cantidad determinada de labor a realizar, o en el deber de acatar reglamentos elaborados por quien contrató, entre ellos, la asignación de jornadas de trabajo.

Con estas premisas normativas y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la existencia de con trato de trabajo entre el 1º de octubre de 2005 y el 3e1 de enero de 2019, pues las pruebas aportadas demuestran que la demandante prestó servicios personales a favor de la convocada conforme a lo cual se *presume* el elemento subordinación en ese lapso, y la demandada no aportó pruebas que desvirtúen la existencia de subordinación jurídica en la trabajadora. Por el contrario, las pruebas allegadas dan cuenta clara de subordinación de la demandada.

Son evidencia de la forma como se ejecutaron las labores los contratos de prestación de servicios *independientes*, en los que se pese a señalar que la contratista actuaría “*por cuenta propia, con sus propios medios y con total autonomía, tanto técnica como directiva*”, se indica que la labor *podrá* realizarse *total o parcialmente* en las instalaciones, con los bienes y elementos de la demandada, quien se reservó el ejercicio de las labores de *inspección*, (archivo 01 folios 231 a 236). La labor contratada fue de “*ASISTENCIA DE*

GERENCIA”, con funciones de “*control de pedidos al exterior*”, “*elaboración de cuadros de comisiones, ventas, pedidos, stock*”, “*facturación y movimiento de inventarios*”, “*cotización de repuestos, pedidos de repuestos y control de inventarios de los mismos*” y “*todas aquellas inherentes a la labor de Asistencia de Gerencia*” (archivo 01 folios 231 a 236), las cuales guardan estrecha relación con las que se encontraba desarrollando la demandante en vigencia del vínculo laboral previo –de 4 de diciembre de 1989 al 31 de agosto de 2005- cuando ocupó el cargo de “*Apoyo Administrativo – Asistente de la Gerencia de la División de Plásticos y Empaque*” según certificación del 31 de agosto de 2005 (archivo 01 folio 230), o de Secretaria de la misma *división* según certificación del 9 de julio de 2014 (archivo 01 folios 11 y 298). Dichas labores son claramente indicativas de la “*integración del trabajador en la organización de la empresa*”, elemento indiciario de una relación laboral en palabras de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral².

Obran además como pruebas el memorando del 3 de mayo de 2017, que se refiere a la creación del “*Departamento de Compras y Suministros*” de la empresa, y se señala a la actora como *coordinadora* de “*Compras Internacionales*”, área que “*estará bajo la dirección de Maria Luisa Montañez y le reportará directamente Juan Fernando Ribero Gerente Administrativo y Financiero (sic)*” (archivo 01 folios 41 y 42). Tan clara era la integración y dependencia de la actora a la sociedad, que obra una evaluación de desempeño en el cargo de *Coordinadora de Compras* del 14 de marzo de 2018, en la que se indica que su fecha de ingreso a la sociedad el 4 de diciembre de 1989 –desde la cual fue vinculada mediante contrato laboral-, en que figura como su “*Jefe Directo*” o “*Jefe Inmediato*” Luis Carlos Pinillos –Jefe de Compras-, y en la que se resalta su compromiso con las actividades

² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3436-2021 Rad. 81830 M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ: “*Por último, es oportuno señalar que la jurisprudencia más reciente de la Corte (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL1439-2021) ha destacado la importancia de la Recomendación 198 de la OIT, que compila un haz de indicios enunciativo para resolver problemas complejos que se ven en las dinámicas de trabajo actuales, especialmente los que se presentan en sectores económicos fragmentados en los que se ha expandido la externalización de servicios. En la primera decisión, la Corporación señaló que uno de tales indicadores de una verdadera relación laboral es justamente la «integración del trabajador en la organización de la empresa».*”.

“*inherentes*” y el cumplimiento de objetivos e indicadores de la empresa (archivo 01 folios 33 a 35).

Así pues, es claro que la labor de la demandante hacía parte de la estructura organizacional de la empresa y prestaba servicios bajo subordinación jurídica en cuanto al modo, el tiempo y el lugar del servicio, contrario a lo señalado en la *certificación* expedida por la gerente de gestión humana de la compañía el 4 de marzo de 2020 (archivo 01 folio 304).

En el mismo sentido apunta la prueba testimonial recaudada en audiencia, pues si bien el representante legal de la demandada, ROBERTO CARLOS ANCÍZAR BOLLANO, afirmó en interrogatorio de parte que la demandante se vinculó a través de un contrato de prestación de servicios debido a que su condición de pensionada impedía suscribir un contrato de trabajo, y que la misma no estaba obligada a cumplir un horario y era autónoma en sus labores, manifestó que sí se encontraba obligada a seguir los lineamientos y directrices del *gerente de la división de plásticos y empaques*, cuando prestó su servicio como *asistente de gerencia*, y del *comité de compras*, cuando prestó sus servicios como *coordinadora de compras internacionales*³.

A su vez, el testigo PABLO HOSIE ACEVEDO, actual *gerente de industria y de la unidad de negocios de ingeniería* de IMOCOM S.A.S., quien en ese entonces se desempeñó como gerente de la *División de Plásticos y Empaques*, señaló que se buscó la continuidad de las labores de la actora tras su renuncia como empleada en 2005, debido a su amplia experiencia, por lo que se vinculó nuevamente para desarrollar unas funciones *claramente determinadas*, las cuales se llevaron a cabo en las instalaciones de la sociedad y con equipos y materiales suministrados por la misma. Ante eventuales ausencias y cuando aquella asumió el cargo de *Coordinadora de Compras*, fue reemplazada por *trabajadores* con competencias similares⁴.

³ Audiencia virtual del 16 de julio de 2021 – archivo 05 Min. 28:00.

⁴ Audiencia virtual del 16 de julio de 2021 – archivo 05 Hora 2:17:00.

La testigo OLGA RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, quien fue recepcionista para la sociedad demandada, aseguró que en ejercicio de sus funciones evidenció que la actora cumplía horario de trabajo en las instalaciones de la empresa, la cual le suministraba todos los equipos y materiales de trabajo y cuyo cargo de *Asistente en la Gerencia de plásticos y empaques* debía siempre contar con una persona a cargo, por lo que era reemplazada en periodos de vacaciones por una *trabajadora* de la misma división⁵.

No resultan útiles para desvirtuar subordinación las afirmaciones contenidas en los correos electrónicos del 19 y 20 de junio de 2018, relativos a que la demandante no estaba obligada a cumplir horarios (archivo 01 folios 301 a 303), pues no sólo es claro con la prueba testimonial que se dio cumplimiento al mismo, sino que obra evaluación de desempeño que da cuenta de su buen desempeño en ese aspecto (archivo 01 folios 33 a 35).

Tampoco sirven como evidencia útil de la autonomía de la demandante las cuentas de cobro presentadas por ella (archivo 01 folios 240 a 296), ni el hecho de tener especiales conocimientos técnicos adquiridos por su amplia experiencia en la materia objeto del contrato, según se dijo atrás, pues ello no desvirtúa la subordinación *presumida* ni la evidencia de que fue IMOCOM S.A.S. quien dispuso el lugar de prestación del servicio, los materiales y elementos de trabajo, la cantidad de labor a realizar, el deber de acatar los reglamentos, e incluso el *modo* de cumplir las funciones asignadas.

Finalmente, en cuanto a la testigo MARTHA DELIA MENDOZA RODRÍGUEZ, Gerente de Gestión Humana de IMOCOM S.A.S., de cuya presunta falta de apreciación se duele el apoderado de la demandada en el recurso, se advierte que en su declaración aceptó que el desarrollo de las actividades asignadas a la demandante en el cargo de *Coordinadora de Compras* no era compatible con las condiciones de un contrato de prestación de servicios. Y si bien

⁵ Audiencia virtual del 16 de julio de 2021 – archivo 05 Min. 56:00.

manifestó que debido a ello se sugirió informalmente a la actora el cambio en la modalidad contractual para asumir ese cargo, en el que tendría personas bajo su responsabilidad y debería cumplir un horario, a lo cual se habría negado la trabajadora so pena de presentar su renuncia, lo cierto es que señaló que dicha conversación se dio a finales de 2018⁶, pese a que la demandante habría asumido el cargo entre mayo y junio de 2017, pues el memorando en que refiere a la creación del Departamento de compras data del 3 de mayo de 2017 (archivo 01 folios 41 y 42), mientras que dicho cargo aparece registrado en la cuenta de cobro del 20 de junio de 2017 (archivo 01 folio 277).

Sin perjuicio de lo anterior, se deber resaltar que las normas laborales son de orden público y, en consecuencia, de estricto cumplimiento, por lo que no resultaría válido excusarse en la negativa del trabajador a suscribir un tipo de contrato para ir en contravía de la realidad de la vinculación que se llevó a cabo entre las partes.

Ahora bien, contrario a los dichos de la referida testigo ante el juzgador de instancia, se advierte que la misma deponente, en su calidad de Gerente de Gestión Humana, fue quien negó la solicitud de la demandante encaminada al reconocimiento de la naturaleza laboral de su vínculo (archivo 01 folios 14 a 18, 310 y 311), siendo incisiva en la presunta imposibilidad de celebrar este tipo de contrato debido a su calidad de pensionada, según concepto 1480 de 2003 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (archivo 01 folios 19, 20, 312 y 313), el cual también se aduce en la defensa de la sociedad.

Al respecto, advierte el Tribunal, que no hay una norma de carácter legal que expresamente prohíba la vinculación de pensionados a través de un contrato laboral, y frente a conceptos no vinculantes de la Sala de Consulta y Servicio Civil -quien actúa como cuerpo supremo *consultivo* del gobierno en asuntos de administración- se advierte que en este expediente no se está analizzando

⁶ Audiencia virtual del 16 de julio de 2021 – archivo 05 Hora 1:33:00.

la situación de un servidor del sector público sino de un trabajador del sector privado, y de todas formas en dicha providencia el Consejo de Estado consideró, principalmente, la situación de pensionado que no podía seguir haciendo aportes al Sistema General de Pensiones como lo exige la Ley 100.

iii) SANCIÓN MORATORIA. Declarada la relación de trabajo surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos –por ser materia del recurso- el derecho al pago de las indemnizaciones que regulan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST.

Se debe recordar sobre la materia que las referidas normas imponen el pago de un día de salario por cada día de retardo en la consignación de las cesantías a un fondo y por el pago completo de los salarios y prestaciones causados en favor de sus trabajadores, respectivamente, y si bien dichas sanciones no operan de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, dicha situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que hagan imposible el pago de sus obligaciones, como su inclusión en procesos de liquidación empresarial. Ninguna de estas circunstancias se demostró en el expediente.

Las pruebas allegadas no permiten colegir que la sociedad demandada actuara de buena fe, pues las circunstancias en que se desarrolló la vinculación imponían claramente la existencia de una relación de índole laboral, y pese a ello se le dio la connotación de prestación de servicios de naturaleza civil, sin que tuviera validez el pretexto de que la demandante, por su calidad de pensionada, no podía ser vinculada legalmente como trabajadora de IMOCOM S.A.S., criterio que resulta contrario a la realidad, a las normas vigentes, e incluso al sano entendimiento del referido concepto 1480 de 2003 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, como se vio en el acápite anterior. Tanto así, que aun conociendo el estatus de pensionada de la demandante en los referidos contratos de prestación de

servicios se dejó consignada una cláusula que la obligaría a afiliarse “*AL SISTEMA DE PENSIONES*” (archivo 01 folios 231 a 236), lo cual resulta abiertamente contradictorio. En el mismo sentido, si la verdadera intención de las partes era la de desarrollar un verdadero vínculo independiente –no aparente- se debieron tomar las previsiones correspondientes para otorgar funciones o actividades que realmente tuvieran dicha naturaleza, no así continuar con las que tenía en vigencia de un vínculo laboral y hacerlas pasar como si fueran autónomas.

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

Costas de segunda instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de IMOCOM S.A.S.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE ELSA NIEVES SALCEDO RODRÍGUEZ
CONTRA MARÍA CRISTINA DEL NIÑO JESÚS ORDÓÑEZ DE ALDANA.**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación presentado por la demandada, contra la sentencia dictada el 12 de octubre de 2021 por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes y se CONDENÓ al pago del auxilio de cesantías, primas de servicio y del mayor valor de la compensación en dinero de las vacaciones, debidamente indexados, y a acreditar que se hizo efectivo el pago del cálculo actuarial por todo el tiempo laborado ante Colpensiones a fin de estructurar la historia laboral de la demandante.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, ELSA NIEVES SALCEDO RODRÍGUEZ presentó demanda contra MARÍA CRISTINA DEL NIÑO JESÚS ORDÓÑEZ DE ALDANA, para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de enero de 1997 y el 28 de febrero de 2019, y en consecuencia, se condene al pago de los aportes a seguridad social en pensiones, las cesantías, la compensación en dinero de las vacaciones y las primas de servicios.

Como fundamento de lo pedido afirma que se vinculó mediante contrato verbal de trabajo *a término indefinido* para laborar al servicio de la demandada, de su esposo y de su madre, los difuntos GUILLERMO ALDANA VARGAS y CECILIA QUINTANA DE ORDÓÑEZ, desde el 12 de enero de 1997 en el cargo de *oficios domésticos*, con horario de 7:30 am a 3:30 pm, de lunes a sábado, festivos y *fechas especiales*, desempeñando labores propias del hogar y de atención a familiares y visitantes de los contratantes. El salario se pagó diariamente en efectivo y no tiene certeza de *si se generaron pagos* de prestaciones sociales y vacaciones. Durante el vínculo recibió un préstamo por \$2.000.000, los cuales fueron descontados de su salario. No fue afiliada al sistema de seguridad social y permaneció, sin oposición por miedo a ser desvinculada, como beneficiaria del SISBÉN. En consecuencia, no recibió los beneficios de tales afiliaciones como acceso a *incapacidades médicas* o a la pensión de vejez o invalidez. Debido a los esfuerzos de sus labores y edad tuvo fuertes dolencias que le impedían desarrollar *propiciamente* sus labores sin que le fuera posible incapacitarse, que dieron lugar a que recibiera atención médica el 29 de julio de 2013, el 7 de septiembre de 2015, en febrero de 2019 y el 4 de marzo del mismo año. Su situación de salud, la cual era conocida por la demandada y sus hijas, llevó a que no se presentara a laborar a partir del 28 de febrero de 2019, y al no contar con incapacidad alguna, fue despedida bajo *aparente* justa causa el 1º de abril de 2019 sin que se hayan respetado sus derechos al debido proceso y de defensa y contradicción, decisión que le fue comunicada mediante mensajero. El 9 de *marzo* de 2019 se presentó con sus hijos para reclamar una solución a la falta de aportes a pensión, sin que hubiera logrado un acuerdo. En la misma fecha recibió 2 pagos a título de *liquidación*, por \$261.517 y \$169.329, en que se indicaban como empleadores únicamente a GUILLERMO ALDANA VARGAS y CECILIA QUINTANA DE ORDÓÑEZ, respectivamente. El 22 de octubre de 2019 presentó petición a la convocada, en que solicitó el pago de los aportes a seguridad social, cesantías y salarios de los últimos 4 años, así como certificación laboral, la cual fue resuelta el 6 de noviembre siguiente en la cual la accionada respondió a nombre de su difunto esposo y de sus hijas –Adriana, victoria y Norma-

reconociendo la existencia de un vínculo laboral del 24 de septiembre de 1997 al 28 de febrero de 2019, el cual habría terminado por justa causa, en que no se habría efectuado afiliación a seguridad social por negativa de la actora, y en que se pagaron las cesantías y sus intereses, primas y vacaciones *al final de cada año*, y manifiesta estar adelantando el trámite ante COLPENSIONES para el estudio y cancelación de cálculo actuarial desde el 9 de abril de dicha anualidad (ver demanda en archivo 01 folios 2 a 21).

Mediante auto del 9 de diciembre de 2020 se tuvo por no contestada la demanda, pues no se subsanó dentro del término legal (ver providencia en archivo 03).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de octubre de 2021, en la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes y, en consecuencia, CONDENÓ al pago del auxilio de cesantías, de las primas de servicio y del mayor valor de la compensación en dinero de las vacaciones, debidamente indexados, y a acreditar que se hizo efectivo el pago del cálculo actuarial por todo el tiempo laborado ante Colpensiones a fin de estructurar la historia laboral de la demandante. Para tomar la decisión encontró demostrada la prestación de servicios de la demandante como trabajadora del servicio doméstico en el *hogar* de la demandada, definió los extremos de la relación y el salario a partir de lo declarado para el trámite de cálculo actuarial ante Colpensiones -cuyo pago exigió acreditar-, consideró no válidos los pagos parciales de cesantías durante el vínculo, encontró parcialmente pagadas las vacaciones y no probado el pago de las primas de servicios, valores que dispuso indexar.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante ELSA NIEVES SALCEDO RODRÍGUEZ, en condición de trabajadora, y la señora MARÍA CRISTINA DEL NIÑO JESÚS ORDÓÑEZ DE ALDANA, en condición de empleadora, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 24 de*

septiembre de 1997 y el 28 de febrero del 2019, en el marco del cual como mínimo debió haber percibido el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada MARÍA CRISTINA DEL NIÑO JESÚS ORDÓÑEZ DE ALDANA a pagar a la demandante ELSA NIEVES SALCEDO RODRÍGUEZ, las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos: A) \$11.209.446 por auxilio de cesantías. B) \$2.210.153 por prima de servicios. C) \$5.348.100 por diferencia de compensación en dinero de vacaciones. Teniendo en cuenta que se dispone a cargo de la parte demandada el reconocimiento a la actora de sumas por concepto de cesantías, prima de servicios y compensación en dinero de vacaciones, las sumas respectivas deberán ser indexadas tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula índice final sobre índice inicial, por valor histórico, que corresponde al valor de estas condenas, igual a valor indexado, así como índice inicial, se deberá tomar el correspondiente al del mes de febrero de 2019, y como índice final, el del mes en que se verifique el pago por parte de la accionada. TERCERO: CONDENAR a la demandada MARÍA CRISTINA DEL NIÑO JESÚS ORDÓÑEZ DE ALDANA, a acreditar que ante COLPENSIONES se hizo efectivo, de cara a la estructuración de la historia laboral de la demandante, el pago de \$187.142.709 a título de cálculo actuarial, para superar el aspecto relacionado con la omisión de pago de aportes pensionales en el marco de la vinculación laboral acreditada en el informativo. En caso de no acreditarse lo pertinente la demandada deberá adelantar las gestiones administrativas y financieras respectivas, de cara a la acreditación de las cotizaciones en la historia laboral del accionante, para el lapso comprendido entre el 24 de septiembre de 1997 y el 28 de febrero del 2019, en la forma en la parte motiva de la presente sentencia, a entera satisfacción de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandada. En firme la presente providencia, por secretaria, practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$3.000.000, en favor del

demandante” (Audiencia virtual del 12 de octubre de 2021 - archivo 14 Min 34:55).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada aduce que no hay legitimación en la causa en su contra, pues los verdaderos empleadores fueron GUILLERMO ALDANA VARGAS y CECILIA QUINTANA DE ORDÓÑEZ quienes se encargaban de los pagos y liquidaciones de la trabajadora, pagos que fueron demostrados en el expediente con la prueba personal recaudada, así como el disfrute de las vacaciones desde mediados de diciembre y durante todo el mes de enero siguiente, y cuando era requerida para trabajar en esas fechas se efectuaba *doble pago*. En cuanto a la cancelación del cálculo actuarial ante Colpensiones, considera que existe un hecho superado pues se aportó recibo de pago expedido por COLPENSIONES. Considera que se debió condenar a la parte actora al pago de los préstamos de los que se benefició durante el vínculo y que no fueron cancelados (Audiencia virtual del 12 de octubre de 2021 - archivo 14 Min 38:23)¹.

¹ “Estoy completamente en desacuerdo con su decisión señor Juez, y por eso presento recurso de apelación para que sea decidido por la Sala Laboral del Honorable Tribunal y paso a sustentarlo. En primer lugar, se afirma en la sentencia que la señora demandada contrato a la demandante asunto que no es cierto, los verdaderos patrones o empleadores de la demandada fueron Guillermo Aldana Vargas y Cecilia Quintana de Ordóñez, ellos eran los que siempre le hacían los pagos, le hacían las liquidaciones, y le pagaban todo lo que tenía que ver con ella, y como lo dice una de las testigos, ella fue la que le presentó a la trabajadora doña Cecilia Quintana de Ordóñez para que la vinculará a laborar allá, el 12 de septiembre 1997 y hasta el día 28 de febrero del 19, en que la señora demandante dejó de concurrir a su trabajo, como lo aceptó en el interrogatorio de parte, donde afirmó que se había retirado en febrero del 2019; luego no hay legitimación en la causa para poder tomar decisiones en contra de doña María Cristina del Niño Jesús Ordóñez de Aldana, porque ella nunca fue empleadora, cosa distinta es que ella haya manifestado que, con ocasión de la muerte de doña Cecilia Quintana y don Guillermo, su esposo, ella se iba a hacer cargo del trámite y pago del estudio actuarial que se estaba tramitando en Colpensiones, como efectivamente lo hizo, y al despacho se le hizo allegar el respectivo recibo de caja o comprobante de pago expedido directamente por Colpensiones, luego, es un recibo auténtico, que no necesita acreditar ninguna eficacia, de este pago, está cancelado directamente a Colpensiones, y ellos están dando la certificación con todos los recibos de caja y demás, por lo tanto, la señora María Cristina no tiene porqué acreditar ninguna eficacia, luego, me opongo a que tenga que acreditar la eficacia porque ella cumplió con pagar los aportes a la pensión y lo considero un hecho superado en todos sus aspectos. De otra parte, pues no hay duda de que existió un contrato, porque ella le prestó los servicios a sus dos empleadores, no a la señora demandada, y en cuanto a las cesantías e intereses a las cesantías, en la contestación de la demanda, está perfectamente demostrado con recibos, firmados por la demandante, en que año por año, antes de terminarse el año en diciembre, ella recibía las cesantías y recibía las primas de

servicios, así no tuviera derecho, y se demostró con los respectivos recibos, y también se demostró que la señora demandante siempre se opuso a que la afiliaran a algún fondo de cesantías y a la seguridad social en pensiones, porque ella argumentaba que entonces perdía el SISBÉN por tener una relación laboral, y siempre exigió que las cesantías y los intereses como está demostrado con recibos en el Anexo No. 3 de la contestación de la demanda, que ella tenía que recibir en efectivo las cesantías y las vacaciones y se iba a mitad de diciembre a disfrutarlas y volvía cuando ellos regresaban de sus viajes al exterior que era generalmente el mes de enero completo, y ahí se reintegraba a su trabajo, luego Señor Juez está perfectamente demostrado el pago de las cesantías y se demostró que ella nunca permitió que la afiliaran aún fondo de cesantías y a Colpensiones, porque perdía el SISBÉN y que si la afiliaban se retiraba de trabajar esa era la amenaza que siempre hacía. De otra parte la prima, pues, está perfectamente demostrada, la compensación de vacaciones, en el anexo No. 4 de la demanda de la contestación a la demanda están la liquidación de todas las vacaciones que ella disfrutó, en recibos siempre día que recibía tanto por conceptos de las vacaciones del año tal del año 17 del año 18 y así sucesivamente, luego no hay lugar a compensar nada, porque las vacaciones fueron canceladas, también se demostró con los testimonios que cuando ella era requerida para que colaborará un día de sus vacaciones en la residencia de los demandados, ella acudía y se le pagaba el doble por ese trabajo que hacía, luego no hay absolutamente nada para compensar en las vacaciones de la señora. En cuanto a la pensión ya está, lo encuentro como un hecho superado porque allí está en su despacho, el recibo de comprobante pago por el valor total del estudio actuarial que hizo Colpensiones, y expidió el recibo correspondiente oficial directo de ellos allá. De otra parte el hecho de que se haya recurrido a un estudio actuarial, y se haya cancelado las cesantías con la liquidación del contrato anual que ella exigía, con esa conducta de mala fe de la demandante, indujo a error a los empleadores que consideraban que era una señora de buena fe y resultó que no, que los estaba induciendo un error para después de demandarlos, y hacer, tal vez, que le reconocieran la plata de los aportes a la seguridad social, como fue lo que siempre pretendieron los parientes de ella y la misma señora demandante. De otra parte, está demostrado con recibos que la señora recibió préstamos por parte del empleador por la suma de \$8.850.000 que nunca canceló, que nunca permitió que se le descontara como se ve en los recibos de pago del salario, que nunca se descontó un peso por concepto de préstamos, como mal se afirma en la sentencia. Luego esa condena tendría que haber sido dictada por el despacho en contra de la demandante, que tampoco aportó un recibo, donde digiera que había cancelado esos dineros a los empleadores cuando se le habían prestado, eso son referencias de que aparte del salario y demás ella recibía y pedía auxilios para el estudio de los hijos, de los nietos, para los 15 años de la nieta, para un viaje, en todo eso le colaboraron, y mire con la mala fe con que resultó actuando esta señora demandante asaltando la buena fe de los empleadores. También se demostró, que el certificado que cita el despacho de 10 años de trabajo no era tal, sino que era un recibo, una constancia que ella exigió en los términos que lo redactó, para que le hicieran un préstamo para un arreglo locativo de su vivienda, desafortunadamente, el señor Aldana, ya fallecido, bajo el estado de salud en que estaba se lo firmó, sin percatarse que era lo que estaba diciendo allí la señora y hoy lo viene a utilizar como mecanismo para atacar y demostrar lo que no es demostrable. Ella no tenía esos 10 años de trabajo, porque si inició el septiembre del 97 como iba a tener 10 años a la fecha expedición del recibo. En cuanto a las funciones, pues, se demostró que allá, simultáneamente con la demandante trabajaban la señora Mariela Sandoval y Yamile Moreno que se encargaban de los demás oficios de la casa diferentes a la cocina que era lo que hacía la demandante, no es cierto que se encargara más cosas, sino que estaba dedicada a la alimentación de los señores demandados, que después de que murieron, ella resolvió no volver a trabajar achacando que estaba enferma, pero ese hecho nunca lo probó ni con incapacidades, ni con certificados médicos, ni absolutamente con nada, y como lo dijo en el interrogatorio, yo me retiré del trabajo en febrero del 2019, porque allí fue cuando el empleador Guillermo Aldana Vargas, después de esperarla más de un mes para que regresara a su trabajo no apareció, entonces le mando la comunicación terminándole con justa causa el contrato, aduciendo el no regreso al trabajo, después de su prestación social o comúnmente llamado abandono del trabajo, asunto que, nunca la señora demandante presento algún recurso o reclamación alguna, luego solicito de antemano ya al Tribunal Superior del Distrito Especial de Bogotá en su Sala Laboral, que revoque en todas sus partes la demanda, porque como se demostró con recibos y demás, tanto las cesantías como los intereses, la prima, en

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia ante el Tribunal, la prestación de un servicio personal de la demandante como trabajadora del *servicio doméstico* en la residencia de la accionada, entre el 24 de septiembre de 1997 y el 28 de febrero de 2019.

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir: (i) si la demandada MARÍA CRISTINA DEL NIÑO JESÚS ORDÓÑEZ DE ALDANA fue empleadora de la demandante, y en dado caso (ii) si se adeudan cesantías, primas de servicios y compensación en dinero de las vacaciones, y (iii) si debe la pasiva acreditar el pago del cálculo actuarial efectuado ante Colpensiones.

No habrá lugar a pronunciarse acerca de la eventual condena a la demandante al pago de los préstamos que recibió de los empleadores (archivo 01 folios 27, 171-179), pues tal asunto no fue objeto del debate que se trabó en este proceso (no se presentó demanda de reconvención en tal sentido, ni se propuso la excepción de compensación (archivo 01 folios 84 a 105, y la demanda se tuvo por no contestada, archivo 03).

(i) CONTRATO REALIDAD. Para resolver si las demandada ocupaba el lugar del empleador en la relación de trabajo, 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*

el mismo recibo que se pagaban las cesantías ahí va liquidada la prima y cancelada y ella firmaba y recibía en efectivo para verificar que no le hicieran descuentos para seguridad social, ni para pensiones, y mucho menos para descontar los préstamos, y entonces le solicito a la Honorable Sala Laboral del Tribunal de Bogotá revocar en todas sus partes el fallo que acaba de proferir el despacho, y como consecuencia de la revocatoria, expida una sentencia en la cual despache favorablemente las dos pretensiones que presentó la demandada, cómo es el pago de los préstamos por \$8.850.000 pesos, y la condena en costas y agencias de derecho para la demandante, en esos términos dejo presentada la apelación y sustentada la apelación Señor Juez.”

mediante remuneración”, y disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio.

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

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

Por ello probada la prestación de servicios personales en favor de una persona, opera la presunción de subordinación con ella.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto dictó condenas contra la demanda en este proceso, pues las pruebas aportadas demuestran que la demandante prestó sus servicios personales en su favor como *empleada del servicio doméstico*, de del 24 de septiembre de 1997 al 28 de febrero de 2019, conforme a lo cual se presume el elemento subordinación en ese lapso, el cual no fue desvirtuado por la demandada.

Si bien la demandada manifestó en interrogatorio de parte que fueron su esposo y su madre, GUILLERMO ALDANA VARGAS y CECILIA QUINTANA DE ORDÓÑEZ los empleadores de la accionante y quienes proveían los

recursos para el pago de la trabajadora, también confesó, en los términos del artículo 191 del CGP² que ella decidió junto a su esposo contratarla, y que era ella quien impartía las órdenes y realizaba la entrega de dineros a la actora³.

Lo anterior, resulta concordante con la totalidad de los testimonios recibidos. Así, MAYERLY ZAMUDIO MONTAÑO, auxiliar de enfermería que se encargó del cuidado en vida de la señora CECILIA QUINTANA DE ORDÓÑEZ, manifestó que estuvo laborando en la misma residencia en que la actora prestó sus servicios, del 1º de mayo de 2014 al 21 de enero de 2019, tiempo en el que evidenció que quien dirigía el trabajo de la actora era la aquí demandada⁴. YAMILE MORENO CANCHÓN, antes nuera de la demandante, también trabajó en la casa de la accionada de manera interrumpida entre 2006 y 2008 aproximadamente, lapso en el que pudo evidenciar que era ésta quien daba las órdenes y realizaba los pagos de salario diario a la trabajadora⁵. MARÍA VICTORIA ORDÓÑEZ QUINTANA, hermana de la demandada, manifestó que ésta, su esposo y su madre, fueron quienes determinaron cómo iba a laborar la actora, le colaboraban en partes iguales el pago de medicamentos que llegara a necesitar y señaló que era su hermana quien le cancelaba los pagos diarios de salario⁶. Finalmente, NORMA CONSTANZA ALDANA ORDÓÑEZ, hija de la demandada, si bien indicó que la contratación la hacían su padre y su abuela, ya que su madre carecía de medios económicos para contratar, señaló que todos los habitantes de la casa daban órdenes a la entonces trabajadora y, luego de la muerte de su padre, fue la aquí convocada quien

² "ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. La confesión requiere:

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

³ Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - archivo 09 Min 13:14.

⁴ Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - archivo 09 Min. 49:45 y archivo 08 Min. 00:00.

⁵ Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - archivo 08 Min. 07:30.

⁶ Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - archivo 08 Hora 01:00:04.

asumió el pago del cálculo actuarial por aportes pensionales en calidad de *heredera*⁷.

Frente a tal evidencia resultan inútiles las certificaciones o la carta de terminación del vínculo suscritas por GUILLERMO ALDANA VARGAS (archivo 01 folios 26, 28, 195). De las pruebas recaudadas resulta claro que la dirección de las labores (o poder subordinante) lo ejercía en nombre propio la convocada a juicio, quien además realizó la contratación, efectuó los pagos diarios de salario, y se encargó del pago del cálculo actuarial que en vida solicitó su difunto esposo (archivo 01 folios 181 a 193 y carpeta 11).

(ii) CESANTÍAS, PRIMAS DE SERVICIO Y VACACIONES. Para definir sobre si se efectuaron o no los pagos a los cuales fue condenada la demandada el artículo 13 del CST establece que *“las disposiciones de este código [Sustantivo de Trabajo] contienen un mínimo de derechos y garantías consagrados a favor de los trabajadores y no produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca éste mínimo”*. Con este apremio normativo, el artículo 254 del CST señala claramente para el empleador la prohibición de: *“efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías ante de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados”*, y sanciona la omisión disponiendo que *“si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado”*.

Así las cosas, y dado que en el presente asunto se efectuaron pagos del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo (archivo 01 folios 113 y 117 a 137), proceden las condenas impuestas en primera instancia.

En relación con la prima de servicios, el artículo 2 de Ley 1788 del 7 de julio de 2016⁸, que modificó el artículo 306 del CST, dispuso el pago de esta

⁷ Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - archivo 08 Min. 30:18.

⁸ *“ARTÍCULO 2o. Modifíquese el artículo 306 del Decreto–ley 2663 del 5 de agosto de 1950, Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:*

Artículo 306. De la prima de servicios a favor de todo empleado.

prestación a los trabajadores del servicio doméstico a partir de su promulgación.

En consecuencia, tal como lo señaló el juzgador de primera instancia, procedía el pago de las primas de servicio desde ese momento, pago que no se acreditó en el presente trámite, pues ninguna de las documentales da cuenta de ello y, pese a que las testigos MARÍA VICTORIA ORDÓÑEZ QUINTANA⁹ y NORMA CONSTANZA ALDANA ORDÓÑEZ¹⁰ manifestaron que ello ocurrió se trata de afirmaciones genéricas que no permiten tener certeza acerca de las sumas sufragadas o el momento en que ocurrió. Por tratarse de una negación indefinida contenida en la demanda, la carga de acreditar *fehacientemente* el pago la tenía la demandada. Se confirmará también la sentencia en este aspecto.

Finalmente frente a las vacaciones, y contrario a lo señalado por el apelante, se advierte que los comprobantes de pagos allegados no acreditan el pago *total* de dicho rubro (folios 141 a 167) y, en todo caso, los valores allí contenidos fueron debidamente descontados por el juzgado del total adeudado a la demandante en el momento de establecer el monto de la condena, por lo que también se confirmará la decisión en este aspecto.

(iii) CÁLCULO ACTUARIAL. Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 dispone la obligación de efectuar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social “*durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, (...) a los regímenes del*

El empleador está obligado a pagar a su empleado o empleados, la prestación social denominada prima de servicios que corresponderá a 30 días de salario por año, el cual se reconocerá en dos pagos, así: la mitad máximo el 30 de junio y la otra mitad a más tardar los primeros veinte días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado. PARÁGRAFO. Se incluye en esta prestación económica a los trabajadores del servicio doméstico, choferes de servicio familiar, trabajadores por días o trabajadores de fincas y en general, a los trabajadores contemplados en el Título III del presente código o quienes cumplan con las condiciones de empleado dependiente”.

⁹ Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - archivo 08 Hora 01:00:04.

¹⁰ Audiencia virtual del 25 de agosto de 2021 - archivo 08 Min. 30:18.

sistema general de pensiones, por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que ellos devenguen”, norma de la cual resulta para el empleador responsabilidad por la omisión en la afiliación y/o en el pago de los aportes.

Cuando omite la afiliación del trabajador, la normatividad dispone a su cargo el pago, mediante cálculo actuarial, del valor de los aportes para pensión por sus servicios prestados, tiempos que deberá computar la entidad pagadora de pensiones (COLPENSIONES) siempre y cuando el empleador haya trasladado a satisfacción de la suma que corresponde a dicho cálculo actuarial (inciso 1°, párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993).

Con este lineamiento normativo, se confirmará también la sentencia de primera instancia también en este aspecto, pues si bien la demandada acreditó el pago del cálculo actuarial ante Colpensiones (archivo 01 folios 181 a 193 y carpeta 11), no se encuentra demostrado en el plenario que dicho valor haya sido recibido *a satisfacción* por la entidad, ni que ésta haya procedido al cómputo de las semanas que corresponden por el periodo de vigencia del contrato -del 24 de septiembre de 1997 al 28 de febrero de 2019-, por lo que la obligación del empleador no ha cesado.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandada.

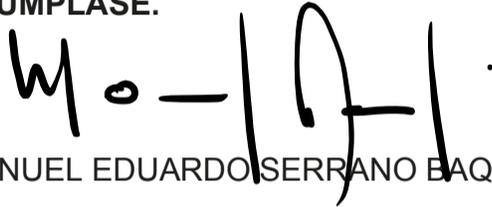
DECISION

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 demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS (\$200.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE CLAUDIA VEGA PARRA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 17 de febrero de 2022 por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual se NEGÓ la anulación o declaración de ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CLAUDIA VEGA PARRA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y las SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada mediante la afiliación a PORVENIR y las posteriores realizadas dentro del mismo régimen. En consecuencia, se condene a PORVENIR trasladar con destino a COLPENSIONES el valor de los saldos o aportes pensionales consignados en

su cuenta de ahorro individual, a las AFP a reembolsar en forma integral los cobros y gastos de administración descontados de sus aportes pensionales y a COLPENSIONES aceptar su vinculación en el régimen de prima media sin solución de continuidad y recibir los recursos trasladados por las administradoras del RAIS.

En sustento de sus peticiones, afirmó que fue inducida de manera equivocada a afiliarse a HORIZONTE y con ello trasladarse al régimen de ahorro individual, pues se le indicó que no perdía los beneficios pensionales del RPM sin hacer ninguna referencia a los riesgos de vincularse en el RAIS. Tampoco recibió información consistente, veraz y objetivamente verificable que corroboraran las promesas hechas por el asesor, ni una simulación o proyección pensional (ver escrito de demanda carpeta 1 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas en debida forma comparecieron las demandadas.

Así, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a través de apoderado judicial, se opuso a la prosperidad de las pretensiones que involucran a esa entidad por cuanto, en su sentir, nos encontramos ante un acto existente, válido y exento de vicios del consentimiento y cualquier fuerza para realizarlo, tal como consta en el formulario de afiliación suscrito por la actora, que estuvo precedido de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, precisando que la expectativa económica frente al valor de la mesada pensional, no constituye una razón para restarle validez a la afiliación. Aceptó los hechos relativos a la afiliación con esa administradora (antes COLMENA), los demás los negó o dijo no constarle. Sostiene no ser posible dar aplicación retroactiva a las normas jurídicas, que la demandante no ejerció su facultad de regresar al RPM; que la variación del monto de la pensión no constituye un vicio del consentimiento ni causal de ineficacia y que era su obligación como consumidora financiera estar informada sobre los productos, situaciones y contratos suscritos, no siendo el desconocimiento de la ley excusa de su cumplimiento. En su defensa propone

las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; Inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; traslado de la totalidad de los aportes a la AFP PORVENIR; y traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes APFs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen* (ver contestación carpeta 7 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte, La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó también la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, por el contrario, dice, el traslado se realizó con plena voluntad de la cotizante quien suscribió el formulario de afiliación a PORVENIR en el año 1994. Asegura que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado a que se refiere el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones: inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, *imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas* y la innominada (ver contestación carpeta No. 8 del expediente digital).

Por auto del 11 de agosto de 2021, el *a quo* tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A. (ver archivo No. 20 del expediente digital, trámite primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de febrero de 2022, mediante la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de Bogotá NEGÓ la anulación o declaración de ineficacia del traslado de

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

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia estimó que no existía razón alguna para que la administradora de fondos de pensiones HORIZONTE, con quien se produjo el traslado de régimen, rechazara la afiliación de la demandante. Además, para que procediera la ineficacia en asuntos como el de autos debía configurarse uno de los vicios del consentimiento, únicos que contempla el ordenamiento legal, respecto de los cuales nada se aduce en el sustento fáctico, y si bien el libelo insinúa que se le indujo al error, no se acreditan probados los elementos para que ello se configure, precisando que el error de derecho no vicia el consentimiento. Sostuvo que aun en caso de omisión de la información en la afiliación, se mantuvo en el RAIS y se trasladó en múltiples oportunidades, estableciéndose una verdadera afiliación tácita que ha generado todos los efectos.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES–COLPENSIONES y a las AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por la señora CLAUDIA VEGA PARRA, lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: EXCEPCIONES: Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de cada una de las demandadas. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el superior.”* (Audiencia virtual, archivo No. 21 del expediente digital, trámite de primera instancia, hora 2 minuto 00:32).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la parte demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia. Argumenta que de acuerdo con la línea trazada por la Corte Suprema de Justicia, no se requiere de expectativas legítimas o ser beneficiario del régimen de transición, y que el deber de información existe desde el nacimiento de las AFP, que no se acreditó satisfecho por parte de las administradoras a las que se afilió la demandante¹ (audiencia virtual, archivo No. 21, récord 2:01:14).

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).

¹ “Gracias seños Juez, en virtud del fallo emitido ahora mismo me permito interponer recurso de apelación y argumentó el mismo teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia ha definido de forma pacífica un precedente jurisprudencial de obligatorio cumplimiento en relación a la ineficacia de los traslados, es así que se ha considerado de forma concreta que para que se declare el mismo no debe contarse con expectativas legítimas para pensionarse o ser beneficiario del régimen de transición. Adicionalmente a ello, se ha establecido que, de conformidad con lo establecido en la ley 100 del 93 y el Estatuto Orgánico Financiero, las AFP desde su nacimiento tenían la obligación del deber de información, por cuanto allí partía la base del cambio de régimen. De esta forma, al evidenciar las pruebas decretadas y practicadas dentro del proceso, es claro que, en este caso ni PROTECCIÓN ni PORVENIR lograron demostrar el cumplimiento del deber de información, como quiera que lo único que se aportó fue el formulario de afiliación, que a lo sumo establece la afiliación de forma libre y voluntaria, pero no informada; y adicionalmente a ello no se evidencia ningún tipo de confesión en relación al cumplimiento del deber de información por parte de la demandante en el interrogatorio de parte que se practicó en el presente proceso. De, en razón a lo anterior, es claro que las circunstancias que rodean al presente proceso se alinean con el precedente jurisprudencial fijado sobre ese aspecto por la Honorable Corte Suprema de Justicia y en esos, en esos términos me permitió interponer el recurso de apelación.”

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 33 años de edad y había cotizado 567.57semanas², 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, 5 meses y 22

² Ver historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, páginas 55 y 56, carpeta 13 respuesta requerimiento del expediente digital, trámite de primera instancia.

días)³, y para la fecha de presentación de la demanda contaba con la edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver página 35 del archivo 1 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁴, ⁵, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

³ *Ibídem*.

⁴ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

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 la afiliada una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

No se demuestra ello con el interrogatorio de parte que rindió el demandante⁶, pues solo indicó que el asesor le refirió que el ISS se iba a acabar, razón por la cual debía afiliarse o se iba *a quedar sin nada*, y que podría pensionarse en cualquier momento y mucho mejor (Audiencia del 17 de febrero de 2022, récord 03:57, archivo 21 del expediente digital).

Se declarará entonces -en las mismas palabras usadas por la corte- la ineficacia del traslado de régimen del demandante, y se dictarán las condenas que corresponden, con el criterio que en esta materia trazó esa Corporación, según el cual, se debe ordenar el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y los gastos de administración que cobró la AFP (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Sala Laboral de Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

⁶ Audiencia del 17 de febrero de 2022, récord 03:57, archivo 21 del expediente digital.

“*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen , ni los traslados horizontales efectuados dentro de la misma (a PROTECCIÓN y PORVENIR, en las fechas anotadas en la demanda). Asimismo ha estimado la Corte 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).

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

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

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

- 1. REVOCAR** la sentencia de primera instancia y en su lugar,
- 2. DECLARAR** la ineficacia del traslado de CLAUDIA VEGA PARRA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
- 3. CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. –actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante- a trasladar los valores correspondientes

EXP. 38 2020 00427 01

Claudia Vega Parra contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y otros.

a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

4. ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. que entregue toda la información contenida en la historia laboral de CLAUDIA VEGA PARRA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

5. CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores correspondientes a los gastos de administración causados en vigencia de la vinculación de la actora con ese fondo.

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

7. COSTAS en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.

8. SIN COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



Lorenzo Torres Russey

Lorenzo Torres Russey

Magistrado



Marleny Rueda Olarte

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 LIDIA ASTRITH GONZÁLEZ VARGAS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de noviembre de 2021, en la que ABSOLVIÓ de la declaración de *nulidad* o 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 los doctores Carlos Alberto Ballesteros Barón y Alejandro Miguel Castellanos López, quienes se identifican con T.P. 33.513 y 115.849, apoderados principales de la parte demandante y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., respectivamente. Así mismo, téngase al doctor Gustavo Enrique Martínez González, quien se identifica con T.P. 276.516, 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, LIDIA ASTRITH GONZÁLEZ VARGAS presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO 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 noviembre de 1996, así como *cualquier* reconocimiento prestacional que haya realizado la AFP, con fundamento en que se le indujo a error al no habersele proporcionado información técnica y detallada sobre su decisión, pues la persona encargada de su afiliación no tenía *título ni formación profesional* o capacitación adecuada, pues le indicó que su *condición pensional* sería más beneficiosa y que el RPM desaparecería. No se le indicó que en su caso era más beneficioso permanecer en el RPM por ser beneficiaria del régimen de transición ni los riesgos de su traslado, como una mesada inferior o la posibilidad de no llegar a pensionarse al no contar con el capital suficiente. Tampoco se le informó acerca del derecho de retracto. Su deseo es trasladarse al RPM, pues lo considera más favorable a sus intereses. En 2014 cumplió los requisitos pensionales y efectuó la solicitud correspondiente, la cual le fue reconocida por PORVENIR S.A. en la modalidad de *renta vitalicia* desde mayo de 2018 con una mesada de \$912.193, monto inferior al que le hubiera correspondido en el RPM, lo que afecta su calidad de vida y *congrua subsistencia*. Presentó solicitud de nulidad de su afiliación y de emisión del bono pensional ante las demandadas en el mes de agosto siguiente, la cual fue negada por COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior pide se ordene a la AFP la *devolución* de todas las sumas de dineros como *bonos*, cotizaciones y sumas adicionales recibidas como aportes obligatorios y los rendimientos generados durante su afiliación, se *anule* cualquier posible emisión de bono

pensional por parte del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y se acepte la afiliación en COLPENSIONES, sin solución de continuidad, junto con el consecuente reconocimiento de la pensión de vejez e intereses o indexación. Finalmente pide se condene a la AFP PORVENIR al pago de los *perjuicios morales* causados. En subsidio, solicita se declare *inexistente* el acto de traslado de régimen (ver demanda en archivo 01 folios 5 a 25).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en efectuar el traslado durante sus más de 23 años de afiliación al RAIS y previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Señaló que no procede el reconocimiento pensional ni intereses de su parte, pues en la actualidad la entidad a cargo es la AFP PORVENIR S.A. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, inexistencia de intereses moratorios, prescripción e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 95 a 112).

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, 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 verbal de manera clara, precisa y veraz las características de dicho régimen,

según las normas vigentes para la época. En todo caso, la afiliación se dio con una persona capaz para decidir sobre su régimen pensional y la eventual omisión en el deber de información no puede verse en abstracto sino para cada caso particular, sumado a que era su deber informarse sobre el acto jurídico de traslado, la cual se encuentra contenida en la Ley, sin que una diferencia en la mesada pensional pueda ser excusa para pretender la nulidad o ineficacia de la afiliación. No se demuestra en el plenario acto atentatorio alguno respecto del derecho de afiliación, según lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Se ratificó la voluntad de permanecer durante cerca de 22 años en el RAIS y no haber optado por cambiar al RPM antes de encontrarse incurso en la restricción contenida en la Ley 797 de 2003. Consideró que, en todo caso, no es procedente la devolución de aportes, rendimientos o gastos de administración, conforme a concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia. No es posible el traslado de un pensionado, pues la Ley únicamente previó dicha prerrogativa para los afiliados, al estar frene a un derecho consolidado. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 155 a 185).

La NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO también contestó la demanda, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que no es la llamada al cumplimiento, pues se pretende el retorno al RPM administrado por COLPENSIONES, desde la AFP PORVENIR S.A. a la que actualmente se encuentra afiliada la demandante. Resaltó que en todo caso debe probar el presunto engaño al que fue sometida, no ejerció acto alguno para retornar al RPM, sin encontrarse cobijada por lo señalado en la sentencia SU-062 de 2010, y, por el contrario, ejerció actos posteriores, como la solicitud pensional, que dan cuenta de su voluntad de permanecer en el RAIS. Así mismo, la decisión debe tener en cuenta el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. Informó que

como afiliada del RAIS tenía derecho a que la emisión de un Bono Pensional Tipo A modalidad 2, cuya redención normal tuvo lugar el 29 de septiembre de 2017 y cuyo pago se realizó mediante la Resolución No. 17807 del 21 de marzo de 2018. Además, señaló que en el presente asunto se evidenció que la demandante solicitó pensión de vejez ante la AFP, la cual fue otorgada a partir de abril de 2018, por lo que no es viable lo pretendido al ser aplicable únicamente a afiliados, no así a pensionados, máxime cuando ello generaría una crisis financiera en el sistema, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia y la Superintendencia Financiera. La emisión del bono pensional solo procede cuando el beneficiario previamente haya manifestado por escrito a la AFP la aceptación de la liquidación de su bono pensional, y considera que en el evento en el que se accedan a las pretensiones de la parte actora, ésta o la AFP deben reintegrarlo a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, pues corresponde su *anulación*, sin que sea dable su entrega a COLPENSIONES, mucho menos sin que previamente se haya hecho un estudio de la viabilidad de un reconocimiento pensional por parte de ésta entidad. Señaló que no compete a dicho ministerio pronunciarse acerca de la indemnización por perjuicios reclamada, pues se trata de un asunto a cargo de la AFP demandada. Finalmente, señaló que se debe tener en cuenta la prescripción de las eventuales mesadas pensionales. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación y buena fe* (ver contestación en archivo 09 folios 3 a 30).

Terminó la primera instancia con sentencia de 26 de noviembre de 2021, mediante la cual el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ de la declaración de *nulidad* o ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia explicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, y concluyó que si bien podría

observarse un vicio en el consentimiento al momento del traslado, al tratarse de una persona que ya adquirió el estatus de pensionado, no es dable declarar de ineficacia del traslado de régimen pensional, pues se trata de una situación jurídica consolidada, por lo que no es dable retrotraer la misma sin afectar derechos e intereses de terceros. No encontró probados los perjuicios morales reclamados.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de las pretensiones incoadas por la señora LIDIA ASTRITH GONZÁLEZ VARGAS, en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a las (sic) demandante. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio Salario Mínimo Legal Mensual Vigente. TERCERO: De no ser apelada la presente decisión, remítase al Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada en su integridad a través del Grado Jurisdiccional de Consulta. Lo anterior, teniendo en cuenta que la misma fue adversa a las pretensiones de la trabajadora afiliada al sistema general de pensiones.”* (Audiencia virtual del 26 de noviembre de 2021 – archivo 14 Hora 1:33:32).

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante recurso de apelación, la apoderada de la parte actora consideró que se debe acceder a lo pretendido, por cuanto la postura del juzgador parte de una supuesta afectación a terceros por tratarse de una persona pensionada cuya ineficacia de traslado se solicita; empero, no señaló quiénes ni cómo se podrían ver afectados. Resaltó que el acto de afiliación es ilegal y por tanto no puede generar efectos y, en caso de generarse -como el reconocimiento pensional-, también deben declararse ineficaces. Su caso debe revisarse de manera independiente e integral, en cuanto al precedente jurisprudencial, sin

que sea dable basarse únicamente en la sentencia más reciente. El ordenamiento jurídico no limita la declaratoria de ineficacia a no encontrarse pensionado. Considera tal restricción atenta contra el derecho a la igualdad, así como a una pensión digna. *Subsidiariamente*, en caso de convalidar la decisión, se debe cuantificar el *perjuicio material y moral* causado (Audiencia virtual del 26 de noviembre de 2021 – archivo 14 Hora 1:35:04)¹.

¹ " Gracias señor Juez, de manera muy respetuosa la parte demandante se permite manifestar que interpone recurso de apelación frente a la totalidad del fallo que acaba de proferir el despacho, recurso que pasó a sustentar de la siguiente manera. Solicito de manera muy respetuosa a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, se revoque en su integridad la providencia que acaba de proferir el juzgador de primera instancia con base en los argumentos que pasó a esgrimir de la siguiente manera: Primero, en primer lugar quisiera destacar que el señor juzgador de primera instancia, señor Juez, tuvo como argumentos centrales de su decisión los siguientes, y los quiero destacar porque frente a los mismos brindare un pronunciamiento expreso de manera sucinta; primero, señala el juez de primera instancia que como fundamento de su decisión se apega a el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, artículo 272, y por supuesto, la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria. Asimismo manifiesta, el señor Juez de primera instancia, que en el presente proceso no se trajeron pruebas suficientes que indiquen que a mi representada se le brindó una asesoría completa, con el suministro de la información veraz, oportuna y pues pertinente al momento de la de su filiación, al tenor de la normativa vigente y, por supuesto, el tenor del desarrollo jurisprudencial que ha tenido el particular. Sin embargo, también manifiesta el señor Juez de primera instancia, que, si bien no se acredita este cumplimiento del deber de información, según los parámetros jurisprudenciales de la Honorable Corte Suprema de Justicia pues hay una particularidad en el presente caso y es que mi representada es pensionada y que dicha calidad no puede borrarse porque se afectaría a personas, entidades o al mismo sistema pensional en su conjunto. Asimismo, manifiesta que la calidad de pensionada pues da lugar a una situación jurídica consolidada que no se puede retrotraer, frente a la anterior pues de manera muy respetuosa me permito manifestar mi inconformidad toda vez que estos argumentos parten, de manera respetuosa reiteró, de una errónea interpretación de la normativa y de la jurisprudencia que el mismo juzgador de primera instancia cito; toda vez que en las manifestaciones que hace frente a la, a la, a la calidad de pensionada de mi representada, de que se podría afectar, de que podrían resultar afectadas las entidades, de que podría ocurrir esto, de que podría pasar aquello, no es más que una hipótesis, una suposición, porque finalmente, en el presente proceso de ninguna manera ninguna de las entidades acredito de qué manera se están viendo afectadas. ¿Cómo se ve a afectado el Ministerio de Hacienda? ¿Como se ve afectado el fondo privado demandado? ¿Como se ve afectado COLPENSIONES? o ¿Como se puede haber afectado el sistema pensional al retrotraer los efectos de un acto ilegal desde su inicio? Entonces quisiera resaltar en un primer momento y es que esta interpretación que hace el juzgador de primera instancia se consolida y se basa en suposiciones que claramente están atentando contra el derecho pensional fundamental de mi representada. Adicionalmente, al consolidar esa calidad de pensionada de mi representada y decir que no se pueda retrotraer, se está consolidando jurídicamente un acto ilegal, porque el mismo juzgador de primera instancia acepta que no se acreditó el cumplimiento del deber de información de mi representada al momento de su traslado y la consecuencia jurídica de esto, de que no se le haya dado una asesoría correcta, oportuna, completa, veraz, es la ineficacia y es una consecuencia jurídica que establece la misma norma, el mismo legislador lo establecido de esta manera. Ahora bien, si se acepta una cosa, pero no se acepta la otra, pues claramente se está dando lugar a la consolidación de un acto ilegal desde su inicio; un acto ilegal que claramente sí fue ilegal desde su inicio, pues claramente no puede producir efectos hacia el futuro, claramente los actos jurídicos que se hayan surtido con posterioridad al mismo, pues no pueden tener ningún efecto, y también deben ser declarados ineficaces,

según la figura aplicable en este caso. Entonces para el juez de primera instancia ese estatus de pensionada, por cuenta del fondo privado, pues es una situación que impide la aplicación del precedente de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a que al anterior precedente, reiteró, porque se basa prácticamente, de manera inequívoca y única en la última sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 373 del año 2020, del año 2021, perdón, que claramente decidió frente a un caso particular y muy ajeno al que se discutió en el presente proceso, tal como lo establecía en los alegatos inicialmente. Y es que, claramente, y se reitera y se resalta, si bien existe esta sentencia está resolvió un caso muy diferente al que se discute en el presente proceso, cada caso particular se debe analizar en su integridad, en perspectiva, con la normativa y con el total de sentencias de la Corte Suprema de Justicia; no se debe revisar de manera aislada, no se debe aplicar de manera técnica y automática una decisión simplemente porque es la última decisión al respecto. En este caso se debía analizar de manera integral el precedente, que si bien, de la Corte Suprema de Justicia, que sí se ha venido consolidando a lo largo de los años en cuanto a la posibilidad de declarar la nulidad, la ineficacia de traslado de pensionados, un precedente que claramente ni siquiera fue advertido por el juzgador de primera instancia. El juzgado de primera instancia en ningún momento tuvo en consideración las sentencias, como por ejemplo SL 3058 de 2019, SL 3464 de 2019, SL 31314 del 2008, SL 31314 del año 2011, SL 31989 del año 2008, que es una sentencia fundadora en esta materia, y muchas sentencias más que por cuestiones de tiempo pues no tendré reiterar, pero que claramente serán señaladas en un escrito que dará fundamento normativo y jurisprudencial al presente recurso. Es evidente entonces la equivocada conclusión del juzgador de primera instancia al desconocer este reiterado criterio de la Corte Suprema respecto a la procedencia de la ineficacia para el pensionado, resultando entonces impreciso afirmar que los casos resueltos en este precedente pues son digamos que ajenos o diferentes al que se discute; porque, por el contrario, el caso discutido en el presente proceso si es analógico con este precedente que se acaba de citar. Entonces, con estas sentencias que, que se acaban de citar pues es evidente el error hermenéutico del juzgador de primera instancia, reiteró, al argumentar que al adquirir esa condición de pensionada pues impide que se apliquen las consecuencias de la ineficacia de que trata el artículo 271 de la ley 100; y aquí quiero hacer mención expresa a este artículo porque el juzgador de primera instancia manifiesta que es uno de sus fundamentos al momento de adoptar la decisión pero claramente no interpreta de manera correcta e integral este artículo toda vez que el mismo artículo 271 de la ley 100 de 1993 señala que cuando una persona natural o jurídica impida de cualquier forma, o atente contra ese derecho del trabajador a la afiliación y selección del régimen pensional, pues va a tener una consecuencia esa afiliación y es que ésta va a quedar sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea. A su vez, también resalta el artículo 13, pues de la misma ley 100 de 1993, establece, a través de los literales B y E, la libertad en la selección de régimen so pena de aplicar esa consecuencia que acabo de mencionar del artículo 271; luego cuando uno hace una lectura armónica de estas 2 normas se, se, se logra distinguir que si la selección de régimen pensional no es libre ese acto de filiación queda sin efectos, sin que esto se condicione a que la persona esté pensionada o no, en ningún momento, en ninguna normativa en nuestro ordenamiento jurídico, no hay ninguna prohibición para aplicar los efectos del artículo 271 si la persona se encuentra pensionada o no, es muy importante resaltar este espectro. Y para finalizar y, y concluir mis argumentos quisiera resaltar los siguientes aspectos fundamentales: Y es que primero, de alguna manera, como le venía manifestando, aceptar que pese a que no se le dio una información clara, completa y oportuna al afiliado la, la, se debe convalidar esa ilegalidad por el mero hecho de que este pensionada, pues claramente se está convalidando una situación ilegal. La persona que obtiene ese estatus de pensionado en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tuvo que haberse afiliado a ese régimen pensional y si ese acto jurídico de afiliación violó el ordenamiento y la misma ley consagra la ineficacia como la consecuencia en derecho pues de ninguna manera puede aceptarse que un acto que tuvo como origen otro ilegal pues pueda ser válido. También es muy importante resaltar que el ordenamiento vigente, como lo indicaba ahorita, no contiene una norma que prohíba o impida la declaratoria de ineficacia de una persona pensionada; además está generando una discriminación, se está atentando contra el derecho y la igualdad, porque no existe ninguna razón jurídica válida para imponer una restricción de esta índole; y pues claramente resulta irracional y desproporcionado que se quiera resolver todos los casos

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia, por haber sido declarado en la sentencia y no ser objeto de apelación, que la demandante recibe desde mayo de 2018, pensión de vejez reconocida en el RAIS (por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.), bajo la modalidad de renta vitalicia, en cuantía de \$912.193, la cual tiene el carácter de definitiva (ver certificación del 19 de julio de 2018, a través de la cual se informa el reconocimiento pensional – archivo 01 folio 42 e interrogatorio de parte a la demandante – archivo 14 Min. 12:18).

sin mirar sus particularidades en perspectiva con una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que, como ya lo ha venido reiterando, decidió un caso completamente diferente. Se está sacrificando claramente con esta decisión el derecho irrenunciable y fundamental a la, una pensión digna, una pensión que es producto del esfuerzo de la vida laboral de una persona, como en el caso de mi representada, que adicionalmente, se resalta, era beneficiaria del régimen de transición. Estamos hablando de que en ese interrogatorio de parte, ni el apoderado de la entidad demandada, ni el juez de primera instancia, tuvieron la bondad de preguntar y ahondar en el detalle de cómo fue ese traslado; no, no preguntaron cuáles fueron las características que le informaron, o sea, no se le dio la oportunidad a mi representada ni siquiera de qué diera cuenta directa de que claramente no le informaron, de que no le mencionaron estos riesgos, ni siquiera le preguntaron por su régimen de transición, y es un aspecto muy relevante. Esto solamente da cuenta de que no se tuvo en cuenta el caso particular de mi representada, simplemente se adoptó una decisión basada en un, en una aplicación técnica de una nor, de una jurisprudencia vigente, pero nunca, nunca, en ningún momento se analizó el caso particular. Claramente se desconocen, se desconocieron los casos anteriores donde la misma corporación, en la misma Corte Suprema de Justicia, había resuelto asuntos relacionados; se desconoce también por supuesto el, un aspecto de justicia en el presente caso. Se resuelven sobre hipótesis, sobre conjeturas, como lo mencionaba inicialmente, y claramente se debe considerar en este caso, como lo bien lo indicó el señor Juez de primera instancia, no se le informó a mi representado, no se acreditó esa información y por ende debe decidirse con base en esto. Ahora bien, subsidiariamente, como lo establece la misma sentencia 373, en el evento de que se convalide este aspecto, de que no puede declararse la nulidad o la ineficacia del traslado, claramente debe revisarse de manera integral el perjuicio que se le ocasiona a mi representada con esta pensión en el fondo privado, tal como lo establece la misma sentencia; el perjuicio a nivel material, el perjuicio a nivel moral, y con base en ello, de manera integral, pues adoptar una decisión acorde a derecho y claramente que beneficie a mi representada en su derecho pensional fundamental. También quisiera resaltar, por último, la sentencia del Tribunal de Cali que cite también en mis alegatos, una sentencia que claramente será aportada con el escrito que acaba de fundamentar mi recurso y que claramente soporta de una manera muy idónea la posibilidad de que se puedan apartar de ese precedente con argumentos sólidos y en atención a cada caso particular. En estos términos dejó sentado mi recurso de apelación, solicitando nuevamente el Honorable Tribunal Superior de Bogotá se sirva hacer un análisis juicioso del presente caso y en consecuencia revoque en su integridad la providencia que acaba de proferir el despacho, muchas gracias.”.

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en 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 39 años de edad y tenía 91,71 semanas de servicios prestados², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año, 9 meses y 12 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 61 años de edad – ver archivo 01 folios 27 y 89).

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

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

² Ver historia laboral actualizada por COLPENSIONES en archivo 01 folios 40, 41 y 113 a 116.

³ *Ibidem*.

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

Más recientemente esa misma Corporación, en la sentencia SL373-2021, recogió de forma explícita el criterio que había expresado con anterioridad, y señaló que NO procede la declaración de ineficacia cuando quien la reclama 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).

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

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

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

En el caso bajo estudio se trata de una persona que adquirió el status de pensionada en el RAIS desde el mes de mayo de 2018.

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, advirtiéndolo, para dar respuesta al argumento del apelante en los alegatos, que en el presente asunto 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 actual y vigente en la cual se subsume, sin duda alguna, la situación que plantea la demanda.

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

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

(...).

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

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

(...).

(...), el legislador propende por un proceso laboral dinámico y coherente, de manera que en todas las instancias, inclusive en sede del recurso extraordinario de casación, se respeten los contornos y límites

En cuanto a los perjuicios *morales* reclamados, se advierte que, tal como lo señaló el juzgador de primera instancia, los mismos no se encuentran debidamente acreditados en el presente trámite.

No resulta útil para el efecto el testimonio de ORLANDO MARTÍNEZ BAQUERO, amigo y excompañero de trabajo de la demandante, pues se limitó a señalar que la demandante le comunicó una *profunda tristeza* al conocer el monto de su mesada pensional⁷, lo cual resulta insuficiente para generar una condena a su favor.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandante.

DECISIÓN

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

RESUELVE

de la discusión proyectada desde cuando se traba la relación jurídico procesal y no se instaure una especie de foro abierto en el que sea posible desarrollar cualquier tipo de discurso o plantear cualquier tipo de disputa. (...).

(...).

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

⁷ Audiencia virtual del 26 de noviembre de 2021 – archivo 14 Min. 25:13.

EXP. 20 2018 00657 01

Lidia Astrith González Vargas Vs Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Otra

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 CINCUENTA MIL PESOS (\$50.000), 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 MARÍA ELENA HERRERA ORTIZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., TRÁMITE AL QUE SE VINCULÓ A SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 26 de enero de 2022 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).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA ELENA HERRERA ORTIZ presentó demanda contra LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia o nulidad de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. trasladarla junto con el saldo

de su cuenta de ahorro pensional y rendimientos al RPM administrado por COLPENSIONES, y a esta última, recibirla como su afiliada desde el 29 de noviembre de 1983, con fundamento en que fue inducida en error por cuanto nunca se le informó cuál sería el capital necesario para ser beneficiaria de la pensión de vejez, o los requisitos que debía cumplir para acceder a la devolución de saldos, la posibilidad de retornar al RPM, las modalidades de pensión, entre otros aspectos (ver demanda folios 1 a 18 del archivo 1 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones que afectarían a la entidad, por cuanto la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, haciéndose imposible para esa entidad tenerla como su afiliada en virtud del principio de sostenibilidad financiera. Adicionalmente sostiene que, aunque desconoce las circunstancias que rodearon la afiliación de la demandante al RAIS, lo cierto era que esta decidió que su mesada estuviera regida por las características propias del régimen de ahorro individual de acuerdo a la información brindada por los asesores de la AFP y no probó la existencia de algún vicio el consentimiento que invalide su vinculación. Advierte que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones, ha tenido varias etapas, resultando necesario verificar cuál se encontraba vigente para el momento en que se firmó el formulario de afiliación. Formula como excepciones de mérito las que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; Responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); Buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción* y la innominada o genérica

EXP. 24 2020 00343 01
María Elena Herrera Ortiz Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otras.

(ver contestación archivo No. 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte PROTECCIÓN S.A. también compareció al proceso y contestó la demanda por intermedio de apoderada judicial oponiéndose a las pretensiones del libelo por cuanto, considera, nos encontramos frente a un acto válido, existente, exento de vicios del consentimiento o cualquier otra fuerza para realizarlo, tal como consta en el formulario de afiliación que suscribió y por ende produce todos los efectos jurídicos. Advierte no ser posible derivar un posible engaño a partir del monto de la mesada pensional o las expectativas económicas de la demandante, porque no era posible predecir la misma cuando se trasladó, aunado a que las formas de establecer la cuantía de la pensión en uno u otro régimen están previstas en la ley. Por otra parte indica que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003, por cuanto tiene más de 57 años. Refiere que las normas jurídicas que prevén el cumplimiento del deber de información no tienen aplicación retroactiva, que la afiliada no ejerció la facultad de regresar al RPM, no cumplió con sus obligaciones como consumidora financiera cuyo desconocimiento no la excusaba de su cumplimiento. Propuso como excepciones la de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe* y la innominada (ver contestación archivo No. 5 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia de 26 de enero de 2022, 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). 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 PROTECCIÓN (antes DAVIVIR) no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la actora tomó una decisión voluntaria y libre de vicios. Tampoco encontró confesión alguna de su parte en interrogatorio en ese sentido. Señaló que la acción no se encuentra prescrita por tratarse de una providencia meramente declarativa y los derechos asociados a la misma guardan íntima relación con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo la señora MARÍA ELENA HERRERA ORTIZ al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR (sic) hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. cuya vinculación la efectuó en el mes de octubre de 1994, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MARÍA ELENA HERRERA ORTIZ nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA ELENA HERRERA ORTIZ 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 lo que la demandante tenga en su cuenta de ahorro individual al momento en que se realice o se haga efectivo el traslado, junto con los dineros que haya deducido por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante conforme a lo antes expuesto . CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la señora*

MARÍA ELENA HERRERA como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva. SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS en la instancia. SÉPTIMO: En caso de que no se presente recurso de apelación contra la presente decisión por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, remítase el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 26 de enero de 2022 archivo No. 15 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:22:13).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, PROTECCIÓN solicita se revoque la sentencia únicamente en cuanto a la orden de devolver los gastos de administración y seguro previsional por cuanto, en su sentir, dicha determinación no resulta congruente con los efectos de la inexistencia declarada y por el contrario resulta en un detrimento patrimonial para esa sociedad y un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES¹ (Audiencia virtual del 26 de enero de 2022 archivo No. 15 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:24:29).

¹ *“Muchas gracias señora juez por parte de protección me permito manifestar ante el despacho muy respetuosamente que me aparto de la decisión que acaba de ser proferida por él mismo y en consecuencia interpongo recurso de apelación en contra de la decisión precisando que este recurso se presenta de manera parcial y concretamente en contra de la orden impartida a Protección de trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas de dinero correspondientes al capital junto con rendimientos y sumando lo descontado por concepto de gastos adicionales como bien lo son los gastos de administración y seguro previsional. Sustento mi recurso en los siguientes términos: Es claro señores magistrados que conforme a la línea jurisprudencial emanada de la Corte Suprema de Justicia el efecto que trae consigo el hecho de la declaración o el reconocimiento de la ineficacia es propiamente asumir que el traslado de régimen pues fue inexistente y que por el contrario la demandante se mantuvo vinculada al fondo administrado por COLPENSIONES de manera ininterrumpida siendo entonces lo pretendido debemos ser o buscar ser congruentes con este efecto que se persigue y la decisión que se imparte por parte del despacho por ello entonces se sugiere muy respetuosamente al honorable Tribunal Superior ubicarnos en uno de los panoramas que a continuación procedo a exponer: primero es asumir que en efecto la afiliación de la demandante al RAIS es inexistente y por ello entonces también debe extenderse a las situaciones jurídicas que surgieron a la vida fáctica como consecuencia propia de ese acto en*

Por su parte COLPENSIONES pretende se revoque la sentencia en razón a que dentro del trámite no se demostró que para el momento del traslado existió algún vicio del consentimiento, por el contrario, dice, quedó probado que fue una decisión libre, voluntaria y sin presiones, precisando que de haberse incurrido en algún vicio, el mismo quedó saneado con el paso del tiempo y los más de 15 años que lleva afiliada a PROTECCIÓN. Pide se tenga en cuenta

primigenio que es propiamente el traslado. Me refiero puntualmente a los rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual y asimismo a lo que se descontó o cobro por concepto de gastos adicionales, gastos de administración y seguro previsional. Siendo entonces esta la opción o el panorama que se plantea, sería congruente trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas correspondientes a las cotizaciones íntegras sin haber descuento alguno, pues se reitera son costos por gastos adicionales que no se efectuaron entonces regresarían a COLPENSIONES las cotizaciones del demandante de manera íntegra y sin descuento alguno pero respecto de los rendimientos dada (sic) el reconocimiento o la declaración de la inexistencia de la afiliación y por ende a los rendimientos entonces se tiene que los mismos no se causaron y en consecuencia entonces no hay lugar a traer nada suma dinero alguna por este concepto hacia COLPENSIONES. Un segundo panorama, una segunda opción es asumir igualmente que la afiliación de la demandante al RAIS es inexistente, pero considerar que de alguna forma esos rendimientos se hubiesen generado en los mismos términos por parte de COLPENSIONES. En sentido entonces también sería necesario tener en cuenta que COLPENSIONES, en su momento el Instituto de los Seguros Sociales también hubiese descontado lo correspondiente a gastos de administración y bajo este panorama o precepto sería procedente trasladar con destino a COLPENSIONES lo correspondiente al capital junto con los rendimientos, pero sin haber condena alguna por concepto de gastos de administración y seguro previsional pues son sumas de dinero que en efecto se hubiesen descontado en los dos regímenes y COLPENSIONES en ese momento hubiere efectuado también lo pertinente. Respecto a lo expuesto señores magistrados se reitera que se plantea con la intención firme de buscar una condena que resulte congruente con el efecto que se está declarando en esa oportunidad que es precisamente la inexistencia y además, con la intención de buscar una aplicación uniforme de la figura jurídica que implica la inexistencia, entonces como se tiene la decisión actualmente proferida por el despacho, se están tomando por inexistentes unos actos si y otros actos no, entonces está haciendo una figura una aplicación parcializada de esta figura jurídica, cosa que contraviene a la lógica jurídica que trae consigo la misma. Por ello entonces señores magistrados se solicita que sea modificada la decisión bajo los argumentos que acabo de exponer y en este sentido no se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES lo correspondiente al seguro previsional y gastos de administración en tanto ya se condenó a trasladar lo pertinente respecto de los rendimientos y trasladar estas sumas de dinero de manera conjunta implicaría no solamente el desconocimiento de los deberes legales de mi mandante, sino también un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES. Además, como se mencionó en los alegatos de conclusión estas sumas de dinero, es decir las sumas adicionales, no están llamadas a solventar la pensión que eventualmente se reconocerá a la demandante en el régimen de prima media y tampoco se está causando ningún patrimonio, ningún detrimento patrimonial a la demandante perdón, en tanto los rendimientos superan significativamente lo que se descontó por concepto de gastos adicionales. En este en esta situación entonces se tiene completamente descartada tal perjuicio patrimonial o detrimento patrimonial en la cuenta de la demandante o en las cuentas de COLPENSIONES pero por el contrario si estarían en detrimento de la sostenibilidad fiscal del sistema del patrimonio del representado, pues son sumas de dinero que por haber sido destinadas conforme lo dispone el legislador ya no reposan en las cuentas de protección y es ahí donde tendría que asumirlas el fondo directamente de su patrimonio. En esos términos entonces sentado mi recurso muchas gracias.”

la evolución que ha tenido el deber de información y que para el año 1994 solo era exigible la suscripción del formulario de afiliación y la afectación que con la determinación se produce a la sostenibilidad financiera² (Audiencia virtual del 26 de enero de 2022 archivo No. 15 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:29:36).

² *“Encontrándome dentro de la oportunidad pertinente me permito interponer recurso de apelación contra el fallo de primera instancia con el fin de que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revoque en su totalidad la sentencia emitida y se absuelva a COLPENSIONES de todos los cargos que contra ella se formularon. Mi representada COLPENSIONES además de que funge como tercero de buena fe difiere de las consideraciones del despacho pues no se acreditó con suficiencia probatoria que la afiliación de María Elena Herrera Ortiz con DAVIVIR S.A para 1994 estuviera afectada de alguna nulidad o ineficacia, por el contrario, la aceptación voluntaria y libre y sin presión de trasladarse de régimen tuvo como consecuencia la suscripción del formulario de afiliación que administra pensiones obligatorias en el RAIS. No obstante, de haberse incurrido en algún vicio del consentimiento, la demandante no manifestó durante el paso del tiempo dicha circunstancia por lo tanto su vinculación fue ratificada al efectuar aportes en su cuenta de ahorro individual con PROTECCIÓN durante más de 15 años. Ahora bien honorables magistrados, si bien es cierto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mencionada por el despacho de primera instancia indicó que el deber de información que tienen las administradoras de pensiones debe acreditarse en todos los procesos previo a efectuar el traslado sin ahondar en circunstancias especiales, lo cierto es que ese deber de información ha evolucionado con el paso del tiempo dado que para 1994 cuando la demandante suscribió el contrato de afiliación con DAVIVIR S.A. no existía más que el requisito de llenar el formulario de afiliación y vinculación con ese fondo privado. Sin embargo, pues el nuevo sistema general de pensiones establecido por la Ley 100 del 93 ya hablaba que la elección de este régimen pensional debía ser el resultado de conocer en debida forma cada régimen y dicha legislatura pues no se refirió a la obligación de hacer proyecciones, comparaciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas de cotización. Ahora bien, en el evento en que se compruebe que María Elena Herrera Ortiz no hubiera recibido por parte de DAVIVIR S.A. una asesoría adecuada respecto a las características particulares de ese régimen pensional, dicha circunstancia ya quedó saneada con el paso del tiempo pues la demandante permaneció en el RAIS aproximadamente más de 15 años y antes de estar inmersa la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 2003 tenía tiempo suficiente para preocuparse por algo tan importante como lo era definir el futuro pensional o para enterarse, cómo fue público conocimiento de que COLPENSIONES pasó a ser la administradora del régimen de prima media pues se liquidó el Instituto de los seguros sociales pero no el régimen que los administró, por lo tanto pues la tesis planteada por la Corte Suprema de Justicia y soporte de la presente sentencia se ocupó únicamente en señalar la relación contractual entre el fondo privado y la afiliada, sin embargo pues no tuvo en cuenta que COLPENSIONES es quien en últimas como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen será quien asuma impositivamente la carga derivada de esa decisión por lo pretendido por la demandante pues esta clase de negocios no es la mera declaratoria, sino que se persigue encontrar que en el régimen de prima media le reconozca a futuro una pensión de vejez y esto se llegara a suscitar por lo tanto solicito al Tribunal tener en cuenta las sentencias C 1024 de 2004, las sentencias 625 de 1007 la SU 062 de 2010 la C789 de 2002 de la Corte Constitucional, en donde indicaron unánime que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema dado que el periodo de permanencia obligatoria contribuyeron al logro de los principios de la universalidad, de la eficiencia y asegura la intangibilidad y la sostenibilidad del sistema al preservar los recursos dispuestos para garantizar el pago futuro de las mesadas y el reajuste periódico de las mismas. Por lo anterior solicito el Tribunal que como quiera que COLPENSIONES no ha dado lugar a los hechos de la demanda se revoquen su totalidad la sentencia muchas gracias.”*

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 34 años de edad y había cotizado 320.28 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 5 años 7 meses y 5 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda ya contaba con la edad para adquirir la pensión (tenía 60 años de edad – ver folios 29 y 79 del archivo No. 1 del expediente digital).

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

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

³ Ver historia laboral actualizada ante COLPENSIONES archivo 4.1 del expediente digital.

⁴ *Ibidem* e historia laboral válida para bono pensional expedida por el Ministerio de Hacienda (ver páginas 48 a 50 de la contestación de Protección, archivo No. 5 del expediente digital).

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5, 6}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

⁵ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener la afiliada una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen, pues la AFP DAVIVIR (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. Allí indicó que su traslado se dio por visita que hicieran los asesores de DAVIVIR y, luego de una asesoría grupal en la que se indicó que el ISS se iba a acabar y por temor a perder su trabajo, firmó el formulario de afiliación con esa AFP, pero nunca le indicaron sobre las características del régimen al que se vinculó como por ejemplo, la posibilidad de pensionarse anticipadamente, la generación de rendimientos, las condiciones para heredar los recursos de la cuenta, entre otros (Audiencia virtual del 26 de enero de 2022, récord 25:28)

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos

de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL 1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

COSTAS en apelación a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

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

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

EXP. 24 2020 00343 01

María Elena Herrera Ortiz Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otras.

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

2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



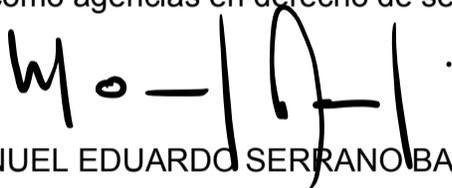
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 26 2019 00697 01
Martha Yolanda Alvarado Robayo contra la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otras.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA YOLANDA ALVARADO ROBAYO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS (ANTES OLD
MUTUAL Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., TRÁMITE AL QUE SE
VINCULÓ A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuesto por PORVENIR y PROTECCIÓN y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor COLPENSIONES, la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2021 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido por la Representante Legal Suplente de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (ver folio 296).

También, téngase al doctor NICOLÁS EDUARDO RAMOS RAMOS, portador de la T.P. 365.094, como apoderado sustituto de PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido por la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A., apoderada principal (ver folio 355).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA YOLANDA ALVARADO ROBAYO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación realizada a PENSIONAR (hoy SKANDIA), con fundamento en que existió un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones suscrito con esa AFP por cuanto en la etapa precontractual, y durante su ejecución, omitió brindarle información suficiente, oportuna, clara, comprensible, transparente o cierta, basada en el buen consejo, sobre los elementos positivos y negativos, consecuencias reales en términos económicos y jurídicos que conllevaba su traslado o permanencia en uno u otro régimen pensional. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación, y a la AFP PORVENIR, en la que se encuentra actualmente afiliada- trasladar los aportes junto con los rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual (ver demanda, folios 4 a 39).

Enterada de la demanda, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.), le dio respuesta por intermedio de apoderado judicial, oponiéndose a las pretensiones que le eran contrarias. Asegura que la información y asesoría suministrada por PENSIONAR en el año 1996 –cuando se produce el traslado de régimen- se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias

del RAIS -del cual hace parte esa sociedad- y teniendo en cuenta las características del caso individual de la demandante, las que se resumen en que *su deseo era pertenecer a él*, lo cual se verifica en el campo número 6 del formulario, denominado *firma del afiliado y voluntad de afiliación*, en la que declaró bajo la gravedad del juramento que recibió y conocía el reglamento del fondo y el plan que seleccionó. Aduce que la afiliación de la actora fue libre, voluntaria y sin presiones, decisión amparada por la buena fe de las partes. Alega que la demandante no allega prueba si quiera sumaria de las razones que sustentan la nulidad de la afiliación, ni precisa la naturaleza de la misma. Con relación al deber de información sostuvo que este debe verificarse de cara a la fecha en que se produjo el traslado de régimen pensional, por cuanto ha sido objeto de evolución jurídica. Advierte no era viable el traslado de régimen de la demandante por encontrarse inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003. En su defensa formuló las excepciones de *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen ni el traslado de fondo; La demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causal 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 (folios 118 a 129).*

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, a través de apoderada judicial, dio respuesta al libelo introductor. Se opuso al éxito de las aspiraciones de la demanda que involucran a esa sociedad porque, a su juicio, la demandante no aporta elementos de prueba que permitan concluir que su traslado de régimen se realizó bajo algún vicio del consentimiento o que su manifestación de voluntad no fue autónoma, advirtiendo, le entregó a la actora información sobre los beneficios más importantes del Régimen de Ahorro Individual. Considera que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o nulidad

EXP. 26 2019 00697 01
Martha Yolanda Alvarado Robayo contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otras.

del acto jurídico que provocó el tránsito entre regímenes, ya que la decisión de la demandante fue consciente, espontánea, sin presiones o apremios, y previo el cumplimiento de los requisitos vigentes para la época, tal como consta en el formulario de afiliación, el cual no puede ser considerado como un requisito formal. Señala que en el momento de traslado no estaba vigente el deber de información como se reclama en la demanda y, en todo caso, la actora también debió indagar sobre las implicaciones que tendría el traslado de régimen pensional, y aunque tuvo varias oportunidades para retornar al RPM, no lo hizo. Formuló como excepción previa la de falta de integración del contradictorio, y de mérito, las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (folios 143 a 164).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones que afectarían a la entidad, por cuanto, en su sentir, el traslado efectuado por la convocante cumple con los presupuestos legales para su existencia y validez, y no se acreditó la existencia de alguna ilegalidad en la afiliación. Precisa que cualquier declaración de nulidad estaría prescrita conforme lo previsto en el artículo 1750 del Código Civil. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y *presunción de legalidad de los actos administrativos*. Refiere que la demandante no cumple con las condiciones legales o jurisprudenciales para retornar al régimen de prima media (folios 215 a 221).

Por auto dictado en audiencia celebrada el 27 de mayo de 2021, el Juzgado declaró probada la excepción de falta de integración del litis consorcio propuesta por PORVENIR y dispuso la vinculación de COLMENA, hoy PROTECCIÓN (CD folio 235, acta folio 236).

Notificada en debida forma, PROTECCIÓN contestó la demanda por intermedio de apoderado judicial, oponiéndose a la prosperidad de las aspiraciones del escrito inicial, por ser válida y eficaz la afiliación de la

demandante a PROTECCIÓN, en tanto se suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones, precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna por esa sociedad, siendo prueba de ello el formulario de afiliación. Asegura que el deber a cargo de las AFP de asesorar e informar se estableció expresamente en la Ley 1328 de 2009 y sólo hasta la expedición de la Circular 016 de 2016, se consignó la obligación de conservar soportes documentales que den cuenta de doble asesoría, disposiciones que resultan posteriores al acto jurídico del traslado cuya ineficacia se persigue. Advierte que la demandante no hizo uso del derecho de retracto ni de la posibilidad de retornar al régimen de prima media antes de estar inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003, con lo cual debe entenderse por ratificado y convalidado su consentimiento. Además, anota que la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, y que el desconocimiento de la ley no excusa de su cumplimiento. En su defensa presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del a afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, 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, contradicción del dictamen pericial* y la genérica (ver contestación, folios 250 a 260).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de noviembre 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). 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 PENSIONAR., hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del

RAIS para entender que la demandante tomó una decisión consiente e informada, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Señaló que no hay lugar a declarar la prescripción de la acción, por tratarse de un derecho íntimamente ligado con la prestación pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante MARTHA YOLANDA ALVARADO ROBAYO al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de mayo de 1996 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al Fondo de Pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - 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: CONDENAR a los fondos de pensiones SKANDIA Y PROTECCIÓN a que remitan a COLPENSIONES los gastos de administración descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones SKANDIA fijándose como agencias en derecho la suma de \$800.000.”* (Audiencia virtual del 18 de noviembre de 2021 – CD folio 275, minuto 58:31).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso PROTECCIÓN S.A., pidió se revoque la condena en lo que toca a la devolución de los gastos de administración. Afirma que estos descuentos

se realizan en ambos regímenes, de allí que se hubieren efectuado aún si estuviera afiliada al RPM, los que por ley tienen una destinación específica distinta al pago de mesadas pensionales. Además, asegura, estos se encuentran sustentados con los rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorro individual, por lo que su devolución a COLPENSIONES constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad. Pide se declare la prescripción sobre este concepto¹ (Audiencia virtual del 18 de noviembre de 2021– CD folio 275 hora 1 minuto 00:39).

PORVENIR, por su parte, en la alzada solicita la revocatoria de la sentencia. Asegura que sólo a partir de julio 2010 se considera obligatorio para los fondos privados informar por escrito sobre los beneficios de cada uno de los regímenes, de allí que resulte válida la asesoría dada de manera verbal a la demandante previo a la suscripción del formulario de afiliación con el que se materializó su traslado, documento que satisfizo los requisitos del Decreto 692 de 1994, y que da cuenta de la manifestación inequívoca de voluntad. Sostiene

¹ *“Muchas gracias su señoría, me permito de manera respetuosa interponer recurso apelación de manera parcial respecto a la condena a mi representada a trasladar los gastos de administración con destino a Colpensiones. Sea lo primero indicar que estos son descuentos legales exigibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes, es decir que si la demandante hubiese permanecido afiliada al régimen de prima media esos descuentos se hubiesen igualmente efectuado exactamente los mismos porcentajes, además debemos recordar que por ley estos dineros deben depositarse en cuentas diferentes a las destinadas al financiamiento de las mesadas pensionales en ambos regímenes y tienen una destinación específica determinada por esta misma normatividad. Asimismo se encuentran estos descuentos plenamente sustentados en los rendimientos que generó la cuenta ahorro individual de la demandante durante todo el tiempo que está permaneció afiliada con mi representada, debemos entender que si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es entender que la demandante nunca estuvo afiliada al régimen de ahorro individual, la consecuencia lógica entonces sería condenar solamente el traslado de los aportes más los rendimientos que estos hubiesen generado en el régimen de prima media, porque con la presente condena Colpensiones está incurriendo en un enriquecimiento sin causa porque está recibiendo: los rendimientos que son el fruto de la gestión administrativa que realizó protección y adicionalmente está recibiendo las cuotas de administración que son la contraprestación por esa gestión que Colpensiones no llevó a cabo, adicionalmente los dineros de la demandante no sufrieron deterioro alguno, por el contrario tal y como se evidencia en el certificado aportes trasladados generaron muy buenos rendimientos durante el período que estuvo vinculada con Colmena hoy Protección. Finalmente solicito de manera respetuosa al honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral se aplique la prescripción a estos dineros correspondientes a las cuotas de administración, toda vez que cómo se expresó anteriormente la vocación de estos dineros no es la de financiar la mesada pensional y son obligaciones de tracto sucesivo por lo que el concepto les es plenamente aplicable, adicionalmente ya ha transcurrido el tiempo suficiente para que se configure la misma. Dejo así sentando mi recurso. Muchas gracias”*

que la acción está prescrita, pues no se trata precisamente de un derecho pensional, y que no está llamada a retornar los valores de la cuenta sin lugar a descontar los gastos de administración porque estos últimos deben entenderse como pérdidas o deterioros que cada una de las partes de la relación jurídica debe asumir. Afirma, si se entiende inexistente el traslado, que no se debe disponer el retorno de los rendimientos en razón a que, consecuentemente, deben tenerse como no generados² (Audiencia virtual del 18 de noviembre de 2021– CD folio 275 hora 1 minuto 03:09).

² *“Muchas gracias su señoría. Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho, dentro de mí recurso apelación solicito Honorables magistrados se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de demanda y se revoquen todas y cada una de las condenas en contra de mi representada expuestas según la decisión tomada por el juzgado 26 laboral del circuito de Bogotá en el proceso con radicado número de 2019 697.*

Los motivos por los cuales solicito la revocatoria son los siguientes: en primer lugar me permito manifestar que no se puede dar una aplicación retroactiva de la norma toda vez que lo que regía y, por ende aplicaba para el momento de vinculación de la demandante, era la correspondiente al año 2002, razón por la cual me permito afirmar que la afiliación sí cumplió con todos los requisitos vigentes al momento del traslado, pues es tan solo a partir del primero de julio del año 2010 que se considera como obligatorio para las AFP privadas informar por escrito los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes e informar el monto de la pensión, además según conceptos y circulares referentes a la materia objeto de análisis se considera como perfectamente admisible que la información a quién quería vincularse al RAIS, se suministrará de manera verbal no dejando de ser así completa transparente y verás, es por lo anterior que la decisión de la señora Martha Yolanda Alvarado Robayo fue de forma consciente y espontánea sin ningún tipo de presión o coacción en la medida en que recibió toda la información pertinente al momento de su vinculación de manera verbal, seguidamente suscribió el respectivo formulario afiliación que cumplía con todos los requisitos establecidos por la superintendencia así como con lo señalado en el artículo 11 del decreto 692 de 1994 y finalmente así como el hecho de que con su firma y diligenciamiento del formato se considera una manifestación inequívoca de la realidad del momento, de igual forma las acciones para reclamar la ineficacia se encuentran prescritas en atención a lo señalado en los artículos 1750 del código civil, 151 del código procesal del trabajo y la seguridad social y 488 del código sustantivo del trabajo, posición que también ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia así como en sentencia número 22125 del año 2014, este respecto debe tenerse muy en cuenta que no nos encontramos como tal ante la presencia de un derecho pensional, puesto que una cosa referirse a la consolidación del mismo el cual puede realizarse dentro del régimen dentro del cual se encuentra afiliada a la actora y otra muy distinta es la ineficacia del acto el cual si define bajo cual régimen dicho derecho se ejercerá, adicionalmente frente a la condena impuesta por este despacho en el numeral 2° de la respectiva sentencia con relación a trasladar a Colpensiones todos los valores que existían en la cuenta de ahorro individual de la demandante sin descontar valor alguno por concepto de gastos de administración, debe decirse sin qué signifique una manifestación en contra de los intereses de mi representada que dicha condena no es procedente teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil del cual me permite afirmar que la restituciones mutuas que hayan que hacerse en virtud del pronunciamiento de ineficacia en sentencias judiciales, no da lugar a devolver los deterioros que se causen producto de dicho acto jurídico, en consecuencia si se declara la ineficacia aplicando el referido artículo no hay lugar entonces a que se ordena a mi representada a devolver lo contenido en la cuenta de ahorro individual junto con los gastos y cuotas de administración, porque dichos rubros son los que se darán a

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*

entender cómo las pérdidas o el deterioro que cada una de las partes debe asumir por la relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo. Finalmente en lo que respecta a la condena de devolver los rendimientos es debido precisar que la consecuencia de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió, es decir que la demandante nunca estuvo afiliada, por lo tanto significaría decir que sus aportes nunca fueron como tal una cuenta individual que administrada por mi representada y frente a la cual se generaron unos rendimientos, luego entonces si nunca existió dicha afiliación pues no habría lugar a devolver los rendimientos que se generaron durante todos los años en que la demandante estuvo afiliada, es entonces en este sentido que solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior que se revoque la sentencia proferida por este despacho, se declaren probadas las excepciones que se propusieron y se declare absuelta a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas a su cargo. Muchas gracias”

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 32 años de edad y había cotizado 421 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 1 mes, 20 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de diez años para adquirir la edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver folios 40 y 91).

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

³ Ver historia laboral actualizada expedida por COLPENSIONES – folio 60.

⁴ *Ibidem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5 6}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

⁵ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener la afiliada una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen, pues la AFP PENSIONAR S.A. (hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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”*.

EXP. 26 2019 00697 01
Martha Yolanda Alvarado Robayo contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otras.

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 la demandante. Allí indicó que se le explicó por parte del asesor que el ISS se iba a acabar, razón por la cual debía afiliarse un fondo y se le sugirió PENSIONAR por ser de su caja de compensación. Además, le dijo que en COLPENSIONES no ganaba nada, que podría pensionarse antes de la edad y que a su fondo se le sumaba lo ya cotizado (Audiencia virtual del 18 de noviembre de 2021– CD folio 275 minuto 10:01).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PORVENIR S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa, así como la orden a SKANDIA y PROTECCIÓN de trasladar

EXP. 26 2019 00697 01
Martha Yolanda Alvarado Robayo contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otras.

lo deducido por concepto de gastos de administración (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

COSTAS en apelación a cargo de las recurrentes.

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

RESUELVE

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

EXP. 26 2019 00697 01

Martha Yolanda Alvarado Robayo contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otras.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado