



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral: 1100131050 **06 2019 00880 01**
Demandante: ÀNGEL PORFIRIO POVEDA CASTELLANOS
Demandado: COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

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

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 28 de junio de 2021 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor ÀNGEL PORFIRIO POVEDA CASTELLANOS formuló demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1º de mayo de 2014 con una tasa de reemplazo del 75% de lo devengado en los últimos 10 años de servicios conforme al acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la indexación de las sumas adeudadas, los intereses moratorios y las costas del proceso.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones indicó el demandante que nació el 28 de octubre de 1952, por lo que cumplió los 60 años de edad en el año 2012, para el 1° de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años de edad encontrándose amparado por el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100. Señaló que laboró al servicio de la Policía Nacional por espacio de 23 años, 02 meses y 20 días desde el 21 de febrero de 1972 hasta el 03 de diciembre de 1992, razón por la cual le fue reconocida una asignación por retiro mediante resolución No. 0119 de 1993 a partir del 03 de marzo del mismo año. Señaló que al 25 de julio de 2005 contaba con 750 semanas laboradas y cotizadas con el Seguro Social y la Policía Nacional, por lo cual extendió el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014 y que laboró y cotizó exclusivamente al ISS hoy COLPENSIOENS un total de 1.018 semanas antes de la mencionada data, por lo que adquirió su estatus pensional el 30 de abril de 2014, conforme los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.

3. CONTESTACIÓN

COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones tras aducir que en efecto el demandante tenía 41 años de edad para el 1° de abril de 1994, de lo que se desprende que es beneficiario del régimen de transición, sin embargo, al 31 de julio de 2010 no contaba con la edad para acceder a la pensión de vejez y las semanas requeridas para adquirir el derecho. Igualmente que bajo lo normado en el Acto Legislativo 01 de 2005 que permite hacer extensivo el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, el demandante no acreditó las 750 semanas al 25 de julio de 2005, pues solo contaba con 517,37 semanas. Adicional a ello arguyó que los tiempos laborados en la Policía no pueden ser tenidos en cuenta para el computo en el régimen de prima media, como lo determinó la CSJ en sentencia SL 3232 de 2018 en la que señaló que *“dichos tiempos fueron creados expresamente para tener en cuenta en el régimen prestacional*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

exceptuado”. Formuló las excepciones denominadas: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 28 de junio de 2021 ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante, decisión sustentada en que no es posible contabilizar el tiempo servido a la Policía Nacional por el periodo comprendido entre el 21 de febrero de 1972 y el 03 de diciembre de 1992, que le sirvió de base para el reconocimiento de una asignación mensual por retiro por parte de la Caja de la Policía Nacional, pues dicho tiempo de servicios solamente sirve para el reconocimiento pensional en el régimen especial de la Policía Nacional y no para el régimen de prima media, conforme se dejó por sentado en sentencia SL 3234 de 2018, radicación No. 55253. Por lo anterior, indicó que el accionante acreditó a la vigencia del acto Legislativo 01 de 2005 una densidad de 569,60 semanas cotizadas a Colpensiones como surge de la historia laboral por lo que no corresponde definir la pensión de vejez bajo la aplicación del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición, pues al 29 de julio de 2005 el demandante no tenía 750 semanas cotizadas y tampoco acreditó que a 31 de julio de 2010 tuviera los requisitos del acuerdo 049 de 1990, esto es 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo o 500 semanas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, advirtiéndose que cumplió los 60 años el 28 de octubre de 2012, es decir, después del 31 de julio de 2010, por lo que no se puede extender el estudio pensional conforme a las reglas del régimen de transición hasta el 31 de diciembre del año 2014.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación que sustentó en que, contrario a lo manifestado por el a quo, el promotor del proceso acreditó los 15 años de servicios



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005 y de igual forma se encuentra probado que cumplió los 60 años de edad y tenía más de 1.000 semanas cotizadas conforme los presupuestos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, razón por la cual solicitó la aplicación de los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, los cuales establecen el derecho a la seguridad social y el principio de favorabilidad y que, sobre un caso igual este Tribunal se pronunció en sentencia con ponencia de la Magistrada Martha Ruth Ospina Gaitán de fecha 29 marzo de 2017 bajo el radicado 2015-00986 en la que se dijo que es procedente contabilizar los tiempos cotizados en el ISS y los tiempos de servicios no aportados a entidades de previsión en ese caso la Policía Nacional, por lo que en virtud de lo anterior solicitó se acceda al reconocimiento y pago de la pensión de vejez junto con el pago de los intereses moratorios.,

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y las partes formularon alegatos de conclusión dentro del término legal, que obran por escrito en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Es procedente tener en cuenta el tiempo de servicios laborados por el señor ÁNGEL PORFIRIO POVEDA CASTELLANOS con la Policía Nacional para efectuar el estudio de la pensión de vejez bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año?



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS FÁCTICAS

Dada la orientación del recurso de apelación, no son objeto de debate los siguientes supuestos fácticos que dio por sentados el juez de primera instancia: a) que el actor cotizó a Colpensiones un total de 1.018 semanas desde marzo de 1990 hasta el ciclo de abril de 2014, b) que al 1° de abril de 1994 contaba con 41 años de edad, por lo que era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; c) que no acreditó los requisitos de tiempo y edad antes del 31 de julio de 2010, d) que al entrar en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005 contaba con 569,60 semanas cotizadas al ISS, por lo que perdió el régimen de transición que lo amparaba. e) que le fue reconocida por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional una asignación mensual de retiro en cuantía equivalente al 82% del sueldo básico de actividad para el grado y partidas legalmente computables, efectiva a partir del 03 de marzo de 1993 por haber prestado sus servicios en la Policía Nacional durante 23 años, 02 meses y 20 días, incluidos tiempos dobles y aumentos por año laboral, según se desprende de la resolución No. 0119 del 25 de enero de 1993 (visible a folio 24).

PREMISAS NORMATIVAS

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala tiene en cuenta las siguientes normas y jurisprudencias:

Artículo 279 de la ley 100 de 1993:

“Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

(...)"

Sentencia SL 3838 – 2020, Magistrado Ponente Luis Benedicto Herrera Díaz:

“... la Sala de manera reciente mediante la sentencia SL1981-2020 abandonó su criterio mayoritario conforme al cual el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, solo permitía sumar cotizaciones realizadas exclusivamente al ISS y, en su reemplazo, adocrinó que ello sí es posible para efectos de obtener la pensión por vejez prevista en ese reglamento, contabilizando las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social. Por manera que, todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron o no objeto de aportes a pensión, son válidos para efectos pensionales.

Lo dicho cobra importancia en el asunto bajo estudio, pues, en efecto, el ad quem consideró viable la posibilidad de acumular tiempo de servicio a entidades estatales con cotizaciones al ISS para efectos de obtener la pensión de vejez del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

(...)

En la demostración del cargo, el recurrente transcribe apartes de la sentencia de esta Corporación del 3 de septiembre de 2008, rad. 33546, en la que se reconocieron los tiempos dobles al entonces demandante, sin embargo, el caso examinado en aquella oportunidad difiere del aquí debatido, por cuanto la vinculación laboral del servidor público no fue como soldado, sino como integrante de la Policía Nacional por espacio de 9 años, 4 meses y 16 días, incluyendo tiempos dobles, por lo que uno de los fundamentos de la decisión de la Corte lo fue el artículo 99 de la Ley 2340 de 1971, mediante la cual



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

se reorganizó la carrera de Agentes de la Policía Nacional y en la que se estableció que el tiempo de servicio durante el estado de sitio por perturbación del orden público «se computará como tiempo doble de servicio para efecto de prestaciones sociales».

Ahora bien, esta Sala de la Corte mediante sentencia SL3234-2018 examinó nuevamente el tema relativo a la validez de los tiempos dobles, para efectos del cómputo de tiempo de servicio requerido para obtener la pensión de vejez, y al respecto adoctrinó:

De las normas citadas, además de aquellas a las que se refirió el Tribunal (arts. 1.º D. 1048/1970, 1.º D. 1386 de 1974 y 111 del D. 1213/1990), claramente se advierte que dichos tiempos tienen incidencia para el reconocimiento de la «asignación de retiro» o para el de «pensiones» del régimen especial de la Fuerza Pública, que es precisamente para el cual se reglamentó el tiempo doble, régimen que no es el que invoca el recurrente en su demanda inicial, y que, independientemente de que la Ley 71 de 1988 o la Ley 100 de 1993 no hagan de manera expresa prohibición para su inclusión, como lo sugiere la censura, lo cierto es que no es posible su contabilización para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez por tratarse, se reitera, de tiempos creados expresamente para tener en cuenta en el régimen prestacional exceptuado...”

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, para esta Sala la decisión absolutoria adoptada por el juez de primera instancia resultó acertada, pues si bien, atendiendo al cambio de la línea jurisprudencial de nuestro órgano de cierre es posible la acumulación de tiempos públicos y privados para el estudio pensional bajo las reglas del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

del mismo año, también es cierto que de conformidad con el artículo 279 de la ley 100 de 1993 las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones no se aplican a los miembros de la Policía Nacional y por ende, el tiempo de servicios laborado por el actor en esa institución, incluidos los tiempos dobles, fueron tenidos en cuenta exclusivamente para el reconocimiento pensional del régimen exceptuado por parte de la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, incluso desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que a todas luces resulta improcedente tener en cuenta los mismos tiempos para beneficiarse del derecho pensional en el régimen de prima media con prestación definida *“por tratarse de tiempos creados expresamente para tener en cuenta en el régimen prestacional exceptuado”* (Sentencia SL 3838 – 2020) y que en este caso, llevó a que el promotor del proceso obtuviera el reconocimiento pensional, razones suficientes para CONFIRMAR la decisión de primera instancia.

COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de COLPENSIONES en la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de junio de 2021 por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **09 2018 00341 01**
Demandante: MARTHA ROCIO BELTRAN ROMERO
Demandados: COLPENSIONES
 SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
 PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.
 SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
 PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a la Dra. BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL identificada con la C.C No. 1.121.914.728 de Villavicencio y T.P. 288.455 del C. S. de la J., adscrita a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS, conforme las documentales aportadas al correo electrónico de la Secretaría de la Sala.

Se reconoce personería para actuar en representación de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. al Dr. CARLOS AUGUSTO SUÁREZ PINZÓN identificado con C.C. 1.032.470.700 de Bogotá D.C. y T.P. 347.852 del C.S. de la J., adscrito a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS SAS, conforme las documentales aportadas al correo electrónico de la Secretaría de la Sala.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PORVENIR S.A. y a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia proferida el 15 de abril de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MARTHA ROCIO BELTRAN ROMERO formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS por vicio del consentimiento por haber sido víctima de engaño por parte de OLD MUTUAL y, en consecuencia, se condene a esta AFP realizar el traslado de los aportes de la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES y que se condene a esta última a que, una vez recibido el traslado de los aportes, se actualice la historia laboral y se acrediten las semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que se afilió al régimen de prima media el 7 de noviembre de 1982, que laboraba en la empresa LISTOS SAS y un asesor de la AFP la afilió al RAIS sin suministrarle información clara de las características y la pensión que recibiría en ese régimen, se le omitió información respecto a la expectativa real de pensión y lo único que se le informó es que en el RAIS podría pensionarse a la edad que quisiera, con el monto de pensión que deseara y que si falleciera el dinero ahorrado formaría parte de su sucesión, con



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

fundamento en ello firmó formulario de afiliación a PORVENIR S.A. el 28 de mayo de 2002 . Indicó que antes de arribar a la edad de 57 años solicitó información a PORVENIR S.A. respecto de las razones por las que debía continuar afiliada al RAIS y otro asesor le señaló que el ISS se iba a acabar y que la pensión en ese régimen sería más baja de la del RAIS. Finalmente señaló que se afilió a la AFP SAKANDIA que posteriormente se fusionó con OLD MUTUAL que es la que actualmente administra su fondo de pensiones.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez admitida y notificada en legal forma la demanda, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. la contestó oponiéndose a las pretensiones en la medida que el traslado de la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. goza de plena validez por no configurarse ninguno de los vicios del consentimiento, además que la acción de nulidad en contra del contrato de traslado de régimen pensional se encuentra prescrita con fundamento en el artículo 1750 del Código Civil o aún si se le aplicara el artículo 151 del CPT y SS. Explicó que la demandante alega la propia culpa en su beneficio, toda vez que se encontraba en la posibilidad de cotejar y ampliar la información que le fue suministrada al momento en que se produjo el traslado de régimen pero no lo hizo y no es posible que 16 años después de su traslado inicial alegue la voluntad de retornar al régimen de prima media cuando teniendo la posibilidad de hacerlo en el tiempo señalado por la ley no lo hizo y, por el contrario, ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS trasladándose a otra administradora del mismo régimen. Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES contestó también la demanda oponiéndose a las pretensiones por cuanto obran elementos probatorios en el expediente que llevan a concluir que el traslado entre regímenes pensionales se efectuó por la señora MARTHA ROCIO BELTRAN



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ROMERO en forma libre y voluntaria, así como que el asesor del fondo privado le suministró la totalidad de la información detallada, clara, precisa y oportuna respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado conforme a la normatividad vigente para aquella época y que lo mismo ocurre con la afiliación a OLD MUTUAL. Señaló que no es posible entonces que COLPENSIONES realice la actualización de la historia laboral de la demandante pues desde que decidió trasladarse al RAIS, la entidad perdió competencia respecto de los aportes realizados por ella al Sistema General de Pensiones. Formuló como excepciones las que denominó imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción y compensación.

Mediante auto del 4 de septiembre de 2019, se integró la litis con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., entidad que debidamente notificada, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones por cuanto la demandante no allega prueba alguna que acredite la existencia de un supuesto de nulidad, por lo que la afiliación al RAIS es válida. Formuló como excepciones 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.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 15 de abril de 2021, DECLARÓ la INEFICACIA del traslado de la señora MARTHA ROCIO BELTRAN ROMERO del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. realizado el 28 de mayo de 2002, CONDENÓ a PORVENIR S.A. y a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de ahorro individual de la demandante y que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones y a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR y SKANDIA todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

Para así decidir se refirió a la línea jurisprudencial que en materia de ineficacia de traslado entre regímenes pensionales, ha construido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia e indicó que del reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES y de las solicitudes de vinculación de PORVENIR y SAKANDIA, se tiene que MARTHA ROCIO BELTRAN ROMERO se afilió al régimen de prima media con el Instituto de Seguros Sociales el 8 de noviembre de 1982 y cotizó 734,29 semanas, posteriormente se trasladó al RAIS con PORVENIR el 28 de mayo de 2002 y finalmente se vinculó con OLD MUTUAL hoy SKANDIA el 3 de julio de 2007 en donde permanece hasta la actualidad, que en el formulario de afiliación a PORVENIR se dejó constancia que la misma se realizó en forma libre, espontánea y sin presiones habiendo sido asesorada en debida forma por la Administradora y en el interrogatorio de parte aceptó que realizó la afiliación de manera libre y voluntaria y que en la asesoría el promotor le indicó que podría pensionarse anticipadamente si realizaba un ahorro adicional al aporte y que podría realizar aportes voluntarios. Explicó que las pruebas aportadas al plenario no permiten establecer que PORVENIR al momento del traslado al RAIS, le hubiera indicado a la actora las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes así como las consecuencias de su traslado pues para demostrar que se cumplió con el deber de información no bastaba con la manifestación que quedó plasmada en el texto preimpreso del formulario de vinculación signado por la afiliada y tampoco con que únicamente se le hubieran puesto de presentes de manera general algunas de las peculiaridades del RAIS, como se desprende de su interrogatorio de parte, circunstancias que impidieron que la usuaria contara con elementos de juicio suficientes para determinar, según sus intereses, qué resultaba más benéfico en su caso y de ese modo expresar su voluntad de manera informada, sin que el hecho que la demandante hubiera ejercido



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

el derecho de retracto en una vinculación posterior con PORVENIR y que hubiera resultado ser más amplia la asesoría ofrecida por SKANDIA baste para sanear o suplir las deficiencias presentadas en cuanto al cumplimiento del deber de información para el momento del traslado del régimen, consideración que se acompasa con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1688 de 2019. Concluyó que la carga de demostrar el cumplimiento del deber de información estaba en cabeza de la Administradora llamada a juicio como quiera que la afirmación del incumplimiento de tal deber es una negación indefinida. Señaló además que pese a que al momento de surtirse el tránsito al RAIS a la demandante le faltaban alrededor de 18 años para arribar a la edad mínima pensional en el régimen de prima media que era de 57 años lo que imposibilitaba que se determinara con certeza el régimen que podía significarle en términos económicos una mesada pensional superior, en el caso del riesgo de vejez el deber de información no se reduce a esa circunstancia, ya que el mismo acarrea el suministro a los potenciales afiliados de información suficiente, veraz y oportuna sobre las reglas y riesgos que ofrece cada uno de los regímenes del Sistema General de Pensiones y que al no quedar demostrada conlleva la ineficacia del acto de traslado. Advirtió que no se puede tener por demostrada o convalidada la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS por el traslado posterior que realizó entre AFP pues la actuación viciada de traslado al RAIS no se convalida por los traslados entre administradoras dentro de este último sistema. En cuanto a la prescripción señaló que el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de carácter irrenunciable que por tanto es exigible judicialmente a las personas o entidades encargadas de su satisfacción y no puede ser objeto de dimisión o disposición por su titular como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo o por disposición de las autoridades. Que como quiera que la acción se encamina a obtener la ineficacia por cambio de régimen que se encuentra íntimamente ligada con los derechos del afiliado, no está sujeta a la regla de la prescripción. Señaló entonces que declarará la ineficacia del traslado que realizó la demandante entre regímenes pensionales para lo cual deberá efectuarse la devolución plena y con efectos retroactivos de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

individual lo que incluye el reintegro a COLPENSIONES del saldo, los rendimientos financieros y los dineros cobrados a título de cuotas de administración y comisiones.

Anotó además que los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado cobija a todas las entidades con las cuales estuvo vinculada la accionante en el RAIS aun cuando no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos el acto de vinculación a tal régimen, en otros términos, es la inscripción a ese esquema pensional al que se cuestiona como una sola lo que involucra a las demás AFP así ellas no hayan intervenido en la primera afiliación, como lo definió la Corte en la sentencia SL 2877 de 2020.

5. RECURSOS DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la apeló porque no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en este caso, pues no había una expectativa legítima para la demandante como quiera que a la hora del traslado la misma contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión y tampoco era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 de 2013, por lo que la actora deberá regirse por los mandatos del régimen general de pensiones al cual se encuentra afiliada. Solicitó que se tengan en cuenta sentencia del Tribunal Superior de Pereira que indican que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media pueda resultar superior a la que ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado la demandante lo haya hecho movida por un engaño o una equivocada información que tampoco se logró demostrar, máxime que para el año de traslado los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto no hay lugar a la ineficacia solicitada, pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que decidió seguir cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SKANDIA S.A. también interpuso el recurso de apelación con fundamento en que quedó acreditado que se cumplió con el deber de información en forma clara, suficiente y oportuna y quedó claro en el interrogatorio de parte que cuando se trasladó a SKANDIA se le otorgó información mucho más completa en esa oportunidad porque el asesor se tomó el tiempo para explicarle a la demandante cuál era el plan que más le convenía para efectos de hacer las inversiones propias de la AFP y en su labor como administradora dentro del RAIS lo que más le convenía según su perfil, teniendo en cuenta la existencia de rendimientos financieros, la posibilidad de hacer aportes voluntarios, etc. Señaló que la normativa existente para el momento del primer traslado e incluso para el momento del traslado a SKANDIA no exigía el nivel de especificidad que exige ahora, en ese momento era imposible hacer proyecciones pensionales acertadas y básicamente lo que se está exigiendo es que fueran unas proyecciones completamente específicas teniendo en cuenta hechos que no habían llegado y que faltaban aproximadamente 20 años para que pudieran tenerse en cuenta y eventualmente hacer una proyección pensional. Señaló que la decisión fue libre y voluntaria, tanto la de trasladarse al RAIS como posteriormente a SKANDIA, tuvo la oportunidad de leer el formulario, preguntar e incluso sustraerse de firmar, adicionalmente tenía conocimiento de las características de proyección y ahorro y a pesar de que no realizó cotizaciones voluntarias, tenía conocimiento claro de que tenía la posibilidad de hacerlo. En cuanto a los gastos de administración refirió que los rendimientos financieros se generan exclusivamente por la labor que hace la AFP, esto es, hacer inversiones para que se generen estos rendimientos, es decir, en una cuenta que no esté administrada por estos fondos de pensiones dentro del régimen general de pensiones, no es posible que se generen unos rendimientos sin esta labor profesional y SKANDIA la realizó y los gastos de administración que se cobraron para tal efecto lo fueron precisamente por esa labor que generó rendimientos, por lo que condenar al traslado de los rendimientos financieros y de los gastos de administración es un contrasentido porque se están aplicando los efectos de la ineficacia para unas cosas y para otras no y si se declara que hay una ineficacia, debería decirse que no se generó ningún efecto respecto de esa afiliación, por lo



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

tanto esos rendimientos sin la labor profesional de SKANDIA, nunca se hubieran generado y ordenar devolver también esa contraprestación que se pagó a la AFP por obtenerlos en el marco de una ineficacia no tiene sustento jurídico.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. también interpuso el recurso de apelación, en primer lugar porque el traslado de la demandante al RAIS fue válido como quiera que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que tenía PORVENIR para la fecha, el formulario fue firmado por la demandante con ocasión a una asesoría clara, veraz y oportuna sobre las características propias del RAIS por lo que el traslado se dio conforme a los requisitos legales vigentes para dicha época, adicional a ello, las condiciones de la demandante no permitían señalar ventajas o desventajas y sin embargo la a quo dentro de sus consideraciones, indicó que el traslado resulta ineficaz porque a pesar que sí existió información, en ella no se le indicó de manera objetiva lo que era más favorable, pero para aquella época las condiciones de la demandante no permitían establecer con veracidad cuál régimen le era más favorable. Así mismo, se pasaron por alto actos de la demandante indicativos de que sí recibió una debida información primero en lo concerniente a la afiliación al Fondo de Pensiones Voluntarias, asimismo los posteriores traslados horizontales donde se comprobó que sí se le dio información sobre las características propias del RAIS conforme a sus particularidades para aquella oportunidad y que adicional a ello dicha información se le otorgó de manera oportuna, porque incluso cuando se trasladó a SKANDIA todavía podía retornar al régimen de prima media y no lo hizo sino que se afilió a SKANDIA. Que se pasaron por alto también serias incongruencias entre lo informado en la demanda y lo manifestado por la demandante en el interrogatorio. Que es claro que la motivación de la demandante es la diferencia entre la mesada pensional de uno y otro régimen, motivación que se considera que no es suficiente y que incluso la demandante conocía que la futura mesada que pudiera recibir sería financiada con lo que ella ahorrara durante su historia laboral por lo que no resulta procedente declarar una ineficacia con fundamento en la diferencia en la mesada pensional que podría recibir. En lo que tiene que ver con la devolución de gastos de administración, señaló que si las consecuencias de la ineficacia son las de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

retornar todo a su estado inicial como si nunca se hubiese realizado el acto jurídico que se declara ineficaz, lo procedente es que si bien no se causaron gastos de administración, tampoco los aportes de la demandante generaron algunos rendimientos, pues los mismos se generan únicamente por la afiliación de la demandante al RAIS.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y las partes formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora MARTHA ROCIO BELTRAN ROMERO, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en el régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, incluidas las cuotas de administración?

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 359 del 3 de febrero de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la demandante se trasladó del régimen de prima media administrado por el extinto ISS



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

hoy COLPENSIONES al de ahorro individual mediante suscripción del formulario de afiliación de la AFP PORVENIR S.A. el 28 de mayo de 2002 (folio 28), posteriormente firmó un nuevo formulario de afiliación a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. el 3 de julio de 2007 (folios 25 y 104), administradora a la que está afiliada actualmente como permite verificarlo el estado de cuenta de folios 73 al 101.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J. y que acoge la Sala de esta Corporación, pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora BELTRAN ROMERO fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas. Tampoco puede tenerse por cumplido el deber de información de la somera charla que tuvo la demandante con el asesor a la que se refirió en el interrogatorio de parte, pues le indicó apenas que podría pensionarse anticipadamente si realizaba un ahorro adicional al aporte y que podría realizar aportes voluntarios, lo cual corresponde a unas pocas peculiaridades del RAIS, como lo indicó la a quo, pero no constituye el deber de la AFP en los términos explicados.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Esa carga probatoria tampoco la suplió SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. pues no demostró la debida asesoría dada al momento de la afiliación de la demandante, en la que se le explicaran las características del RAIS, las diferencias con el RPMPD ni las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de ahorro individual, información que aún podría ser oportuna para persuadir a la demandante de retornar al RPMPD, cuando todavía no estaba inmersa en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. En este aspecto, se debe recordar que, sobre la carga de la prueba en esta materia, a voces del artículo 167 del C.G.P si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

Se concluye entonces que las administradoras de pensiones incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplieron su deber de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, máxime si se tiene en cuenta que, tal como lo ha aclarado nuestro órgano de cierre en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *“...el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación... para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

*no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)...» (Sentencia SL 1688 – 2019).*

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieron una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba, pese al traslado de la demandante entre administradoras del RAIS, pues tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral en la Sentencia proferida dentro del expediente 31989 del 09 de septiembre de 2008, *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”*

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz y al ser la consecuencia que no produce efecto alguno, tampoco se aplica la prohibición de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

traslado entre regímenes si faltan menos de 10 años para obtener la edad para la pensión.

De otro lado, es dable precisar que, conforme a lo asentado por el máximo tribunal y contrario a lo expuesto por las demandadas al interponer el recurso de alzada, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia extunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”.

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: “...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”.

Así las cosas, resulta acertada la decisión de la a quo al incluir en la condena los descuentos por cuotas de administración y comisiones, sin embargo se modificará en el sentido de que no podrán descontarse tampoco las cuotas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, como consecuencia de la afiliación al RAIS, pues más allá de que esas administradoras ya no posean esos recursos por haberlos pagado a entidades aseguradoras o que hayan constituido el pago por la gestión de administración de la cuenta de ahorro pensional efectuada durante la permanencia de la afiliada en cada una, como se indicó en los recursos de apelación, lo cierto es que el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de las AFP que deben asumir las consecuencias de tal conducta, como si la demandante nunca hubiese pertenecido al RAIS, pues se trata de recursos que han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Corolario de lo anterior, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Quiere decir lo anterior que las AFPs devolverán a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual de la demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual a favor de la accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial lo que también incluye los gastos de administración y primas de seguros previsionales, pues el propósito de la ineficacia es retrotraer la situación como si el acto nunca hubiere ocurrido y además, conforme se indicó, dichos rubros garantizan la sostenibilidad del sistema como consecuencia del traslado.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se modificará el numeral 2º de la sentencia impugnada y objeto de consulta y se condenará en costas a PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$400.000 cada una como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2º de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de abril de 2021 en el sentido que además de no descontar en el traslado de recursos las cuotas de administración y comisiones, tampoco podrán descontarse las primas de los seguros previsionales



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de invalidez y sobrevivencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: CONDENAR en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en la suma de \$400.000 cada una como agencias en derecho

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ

Magistrada

MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 **15 2019 00645 01**
Demandante: MARIA LILIA PEÑUELA PEÑUELA
Demandados: COLPENSIONES

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con la C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820, conforme el poder general otorgado mediante la escritura pública No. 120 del 1º de febrero de 2021 y como su apoderada sustituta se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 conforme la sustitución del poder otorgada, documentos aportados por correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a conocer en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 8 de junio de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MARIA LILIA PEÑUELA PEÑUELA interpuso demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral no se le aplique la prescripción trienal en el reconocimiento de su pensión de vejez y, en consecuencia, se ordene el pago total del retroactivo de sus mesadas pensionales a partir del 31 de octubre de 2017 junto con los intereses moratorios y la indexación.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez al Instituto de Seguros Sociales y fue necesario adelantar una acción de tutela para que finalmente la entidad se pronunciara negando el derecho solicitado mediante la resolución 111078 del 25 de junio de 2010, por lo que el 29 de enero de 2014, luego de agotar los recursos de la vía gubernativa, radicó una demanda ordinaria laboral que correspondió por reparto al Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá que mediante sentencia del 16 de julio de 2014 CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez a la actora en cuantía de \$816.942 a partir del 31 de octubre de 2007 y el retroactivo por mesadas pensionales atrasadas desde el 29 de enero de 2011. Refirió que COLPENSIONES apeló la decisión y la sentencia fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, por lo que COLPENSIONES mediante resolución GNR 261698 del 27 de agosto de 2015 dio cumplimiento a la sentencia y reconoció la pensión de vejez. Refirió que pese a que solicitó a COLPENSIONES que pagara la totalidad de mesadas pensionales, mediante la resolución SUB 128110 del 23 de mayo de 2019 negó la petición por cuanto el Juzgado 7º y el Tribunal declararon la prescripción parcial de las mesadas pensionales, por lo que la pensión se reconocería desde el 29 de enero de 2011.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

3. CONTESTACIÓN

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones por cuanto ya fueron debatidas y juzgadas por el Juez 7º Laboral del Circuito de Bogotá, además que el retroactivo pensional fue cancelado por la entidad mediante resolución GNR 261698 de 2015. Formuló como excepciones las de cosa juzgada, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 8 de junio de 2021 ABSOLVIÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones formuladas por la señora MARIA LILIA PEÑUELA PEÑUELA y declaró probadas las excepciones de cosa juzgada y prescripción. Para así decidir señaló que la demandante efectuó varias peticiones en vía administrativa para el reconocimiento de su prestación pensional, sin embargo, ante la negativa de la entidad demandada de reconocerla acudió a la jurisdicción ordinaria laboral. Que el Juzgado 7º laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 17 de julio de 2014 y dentro del radicado 2014 00048 condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 31 de octubre de 2007 en cuantía de \$816.942 junto con los incrementos legales y adicionales de junio y diciembre y condenó al pago del retroactivo desde el 29 de enero de 2011 hasta el 30 de junio de 2014 y a partir del 1º de julio de 2014 señaló la cuantía de la prestación en \$1'059.123 y declaró probada la excepción de prescripción parcial de las mesadas respecto de las causadas entre el 31 de octubre de 2007 hasta el 28 de enero de 2011. Indicó que esta decisión fue confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá mediante decisión del 26 de agosto de 2014.

En cuanto a la excepción de cosa juzgada señaló que hay identidad de partes por cuanto en el proceso que se adelantó en el Juzgado 7º la demandante era MARIA



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

LILIA PEÑUELA y la demandada COLPENSIONES. En cuanto al objeto y la causa señaló que en este asunto operó el fenómeno jurídico de la cosa juzgada pues en este proceso lo que se cuestiona es que en forma indebida e irregular se analizó la excepción de cosa juzgada, que revisada la decisión del Juzgado 7º en el minuto 13:38 se observa que en este aparte de la sentencia de primera instancia se analizó por el Juez el mismo aspecto que hoy nuevamente se plantea por la parte actora y se consideró que como la demandante había reclamado en el año 2008 y solo había demandado en el año 2014, dejó transcurrir el término trienal entre el reclamo y la radicación de la demanda y se debe tomar como término de interrupción de la prescripción la demanda; aspecto frente al cual está impedido el juzgado de primera instancia de volverse a pronunciar como lo pretende la parte actora. Indicó que pese a que la demandante manifestó que solo COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación, revisado el audio de la audiencia, advirtió que el señor apoderado, que es el mismo del nuevo proceso, presentó recurso de apelación contra la decisión del Juzgado 7º alegando específicamente el aspecto de la contabilización del término prescriptivo, recurso que fue estudiado por el Tribunal de Bogotá que confirmó la decisión. Agregó que la parte actora también interpuso una acción de tutela contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá y el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá que fue fallada negativamente por la Corte Suprema de Justicia, cuestionando nuevamente la decisión de los operadores judiciales.

Refirió que aún de no acogerse la cosa juzgada, advirtió que a la parte actora se le dio cumplimiento a la sentencia proferida por el Juzgado 7º mediante resolución GNR 261698 del 27 de agosto de 2015 que fue notificada el 31 de agosto de 2015, pero la parte actora solo acudió en vía administrativa a reclamar el 27 de febrero de 2019, cuando ya había transcurrido el término trienal del artículo 488 del CST.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta que la sentencia fue totalmente adversa a las pretensiones de la demandante, se envió el proceso en consulta de la misma conforme lo dispuesto por el artículo 69 del CPT y SS.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y solamente COLPENSIONES formuló alegatos de conclusión dentro del término legal que obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Se configuró la excepción de cosa juzgada respecto de las pretensiones formuladas por la señora MARÍA LILIA PEÑUELA PEÑUELA contra COLPENSIONES y por ende, no puede emitirse una nueva decisión de fondo que las resuelva?

PREMISAS FACTICAS

Encontró prueba suficiente en el trámite de primera instancia que en el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá, se adelantó el proceso ordinario laboral No. 2014 00048 en el que actuó como demandante la señora MARÍA LILIA PEÑUELA PEÑUELA y como demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en cuya demanda la señora MARIA LILIA solicitó



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1º de noviembre de 2007. En la sentencia proferida por el referido Despacho en audiencia pública del 16 de julio de 2014, se reconoció la pensión de vejez y su correspondiente retroactivo desde el 29 de enero de 2011 hasta el 30 de junio de 2014 y las mesadas que se causaran con posterioridad. Se resolvió la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES con fundamento en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS en los siguientes términos: *“Al examinar la primera reclamación administrativa presentada por la señora PEÑUELA PEÑUELA data del 2 de abril de 2008 (folios 15 y 16 del expediente) y la demanda fue presentada el 29 de enero de 2014 conforme al acta de reparto visible a folio 70 del expediente. Sobre este tópico de la prescripción de derechos pensionales la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en el radicado 19.557 dictaminó que una cosa es el status o calidad de pensionado el cual por ser de carácter permanente y generalmente vitalicio apareja la imprescriptibilidad de la acción para su reconocimiento criterio jurisprudencial que se reitera y otra los factores económicos relacionados con los elementos integrantes para la obtención de la base salarial sobre la cual se calcula el quantum o monto de la prestación en la forma como lo haya dispuesto el legislador, la convención o directamente las partes. Así las cosas y conforme a la documental analizada se concluye que en este caso se encuentran prescritas las mesadas pensionales anteriores o causadas con anterioridad al 29 de enero de 2011 por lo tanto habrá de declararse probada parcialmente la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES y prescribirían como consecuencia las mesadas pensionales causadas entre el 1º de noviembre de 2007 y el 28 de enero de 2011”*. En la misma diligencia luego de ser notificada en estrados la sentencia, el apoderado de la demandante interpuso el recurso de apelación en los siguientes términos: *“manifiesto que no estoy totalmente de acuerdo con la aplicación de la prescripción trienal, estoy recurriendo en apelación en esa parte porque se manifiesta precisamente en esa sentencia que se inició la reclamación en el año 2008, hasta antes de presentar la demanda se hicieron las gestiones pertinentes para el reconocimiento de la pensión sin lograr que esta fuera reconocida por el Seguro Social por tanto pido la consideración en cuanto a que la prescripción no debe ser aplicada en el presente caso”*. El 26 de agosto de 2014, la Sala Laboral del Tribunal



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la sentencia y en punto al recurso de apelación interpuesto por la parte actora señaló: *“Frente a la excepción de prescripción concluye la Sala de manera diáfana que la exigibilidad de la pensión se produjo el 31 de octubre de 2007 fecha en que la actora efectuó su última cotización y si bien presentó reclamación el 2 de abril de 2008 y con ella en un principio interrumpió el fenómeno, lo cierto es que ante la negativa de la demandada en el reconocimiento pensional, era deber del demandante presentar la demanda dentro de los 3 años siguientes a esa reclamación, carga que no cumplió pues solo presentó la demanda el 29 de enero de 2014 por lo tanto se entiende que solo con la presentación de la demanda interrumpió el fenómeno prescriptivo, fecha para la cual ya había transcurrido el término trienal que señala el artículo 488 del CST y 151 del CPT y por consiguiente solo dejó a salvo las mesadas causadas con posterioridad al 29 de enero de 2011 como bien lo concluyó el a quo”* (todo lo anterior permite verificarlo la documental que obra en CD anexo al expediente folio 86).

PREMISAS NORMATIVAS

El artículo 303 del C.G.P. dispone: *“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.*

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión”.

En desarrollo de este instituto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5231 de 2019 con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez explicó:

“...En efecto, tal institución, consagrada en el artículo 303 del Código General del Proceso, se sustenta en el carácter vinculante y obligatorio de la voluntad de la ley expresada en una sentencia. Dicho instituto, de origen romano, otorga seguridad jurídica a las relaciones entre las personas, pues impide que una misma controversia sea sometida al escrutinio de los jueces cuantas veces lo deseen las partes, con lo que evita la posible generación de decisiones numerosas y contradictorias respecto de un mismo asunto y libra al aparato judicial del eventual desgaste consecuente. La cosa juzgada le imprime certeza a las relaciones jurídicas y, por contrapartida, precave que se mantenga una incertidumbre permanente. La norma procesal citada establece que una sentencia ejecutoriada en un proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre y cuando el nuevo proceso «...verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes». La identidad de partes — eadem conditio personarum— también llamada por la doctrina el límite subjetivo, guarda relación con la identidad jurídica de aquellas y no con su identidad física. Por ello, dice el legislador, se entiende que existe también «cuando las [partes] del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos». Los límites objetivos los configuran la identidad de cosa y causa — eadem res y eadem causa petendi—. La cosa o el objeto atañe a la cuestión de sobre qué litigan las partes. Se ha definido como “el bien corporal o incorporal que se reclama, o sea las prestaciones o declaraciones que se piden de la justicia”. En relación con tal elemento, también ha señalado esta Corporación que: Por el aspecto del objeto consistente en la relación jurídica sobre la cual versa la decisión judicial, el criterio para identificarlo es éste: cuando el derecho ha sido confirmado



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

o negado en un pleito, la identidad del objeto se evidencia si en el nuevo proceso se controvierte el mismo derecho, aun cuando ello se haga para lograr el reconocimiento de una consecuencia que no fue discutida en el primer juicio. Siempre que por razón de la diferencia de magnitud entre el objeto juzgado y el del nuevo pleito se haga oscura la identidad de ambos, ésta se averigua por medio del siguiente análisis: si el juez, al estatuir sobre el objeto de la demanda contradice una decisión anterior, estimando un derecho negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente, se realiza la identidad de objetos. No así en el caso contrario, o sea cuando el resultado del análisis dicho es negativo. (G.J. XLVII, número 1942). La identidad de causas — eadem causa petendi— trata sobre el por qué litigan las partes, esto es, «...el fundamento inmediato del derecho que se ejerce, es decir, el hecho o hechos jurídicos que sirven de fundamento a las pretensiones», es «el motivo o fundamento del cuál una parte deriva su pretensión deducida en el proceso».

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, concluye la Sala que, se configuraron los presupuestos para declarar probada la excepción de cosa juzgada atendiendo a que indudablemente existe identidad jurídica de partes, los sujetos procesales en los dos procesos fueron la señora MARIA LILIA PEÑUELA PEÑUELA y COLPENSIONES. También existe identidad jurídica de objeto, definido por la jurisprudencia y la doctrina como “*el bien corporal o incorporeal que se reclama, o sea las prestaciones o declaraciones que se piden de la justicia*”, pues si bien es cierto en el actual proceso no se solicitó el reconocimiento de la prestación económica de vejez porque la misma ya fue reconocida en el inicial, si se pidió que se analizara lo que tiene que ver con el término de prescripción y las mesadas pensionales que considera la parte actora que deben pagarse, tal como se advierte de la lectura de las pretensiones de la demanda en la que se solicita que se declare: “*PRIMERO: Que a mi representada sí le asiste el derecho para que no se le aplique la prescripción trienal en el reconocimiento de su pensión de vejez. SEGUNDO: Que como consecuencia de la anterior decisión se ordene el pago total del*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

retroactivo de sus mesadas pensionales a partir del 31 de octubre de 2007”; aspecto este que ya fue definido tanto en primera como en segunda instancia, en el proceso ordinario laboral No. 2014 00048 tramitado en el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá en el que se decidió la excepción de prescripción que es precisamente la que en este nuevo proceso se solicita que no se aplique.

Finalmente entre los dos procesos existe identidad jurídica de causa toda vez que los hechos en los que se fundamenta este proceso son los mismos en los que se sustentó la demanda del proceso 2014 – 00048, pues pese a que en la demanda que dio origen a este proceso se agregaron aspectos relacionados con el trámite administrativo y del proceso previamente adelantado en la jurisdicción, lo cierto es que se trata en el fondo de los mismos hechos que originaron las decisiones del Instituto de Seguros Sociales y que obligaron a la demandante a acudir a la jurisdicción.

De manera pues que concurriendo los elementos para que se configure la cosa juzgada en los términos del artículo 303 del C.G.P., no está facultada la jurisdicción para emitir un nuevo pronunciamiento respecto de la excepción de prescripción que, se reitera fue objeto de decisión en primera y segunda instancia y respecto de la cual incluso la misma demandante interpuso el recurso de apelación correspondiente.

Con fundamento en lo anterior, considera la Sala que debe modificarse la decisión para declarar probada solamente la excepción de cosa juzgada, pues tampoco era viable decidir la excepción de prescripción aunque se hubiera referido a la fecha de presentación de la nueva demanda y la de exigibilidad de la prestación económica de vejez, pues justamente lo que pretende evitar la excepción de cosa juzgada es que se haga un nuevo pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones de la demanda.

SIN COSTAS en esta instancia por tramitarse el grado jurisdiccional de consulta.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 8 de junio de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de declarar demostrada solamente la excepción de cosa juzgada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **16 2019 00411 01**
Demandante: NANCY CECILIA PINEDA ORTÍZ
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR

Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con la C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820, conforme el poder general otorgado mediante la escritura pública No. 120 del 1º de febrero de 2021 y como su apoderada sustituta se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 conforme la sustitución del poder otorgada, documentos aportados por correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES y a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia proferida el 23 de junio de 2021 por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora NANCY CECILIA PINEDA ORTÍZ formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de las afiliaciones del 30 de mayo de 1994 y el 20 de enero de 2006 con la AFP PORVENIR, lo que conlleva al regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; en consecuencia, se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses con los rendimientos que se hubieren causado y las costas del proceso.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 08 de septiembre de 1986 y efectuó cotizaciones hasta el periodo de mayo de 1994 data para la cual PORVENIR S.A. le ofreció trasladarse de administradora de pensiones y le diligenció los formularios de solicitud de vinculación del 30 de mayo de 1994, del 01 de octubre de 1999 y 20 de enero de 2006 de BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR sin la debida asesoría o explicación de cambio de régimen, no fue asesorada como corresponde sobre sus ventajas y desventajas hacia futuro o de las consecuencias derivadas del cambio de régimen pensional, que PORVENIR no le informó sobre la modalidad de pensión que iba a recibir y tampoco realizó una comparación entre la pensión en el régimen de prima media y en el de ahorro individual y en general no cumplió con el deber de brindar la información necesaria y completa al momento el cambio de régimen.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez admitida y notificada en legal forma la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones tras aducir que el traslado de la señora NANCY CECILIA PINEDA ORTIZ se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente. Formuló las excepciones denominadas: inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad suigénensis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe.

PORVENIR S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones bajo el argumento que la afiliación de la demandante fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales individuales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 105597 en la que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el párrafo del artículo 54 A del CPT. Que nuevamente la demandante ratificó su voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual al trasladarse a PORVENIR, en donde de forma libre, espontánea y sin presiones suscribió el formulario de afiliación en el que se observa la declaración escrita según los términos de los artículos ya mencionados. Formuló las excepciones denominadas: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 23 de junio de 2021 DECLARÓ la ineficacia del traslado realizado por NANCY CECILIA PINEDA ORTÍZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, ORDENÓ a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia, ORDENÓ a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de PORVENIR y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas y CONDENÓ en costas a las demandadas.

Como sustento de su decisión precisó que de acuerdo a la línea jurisprudencial de la Sala Laboral permanente de la Corte Suprema de Justicia la regla identificable en los casos de ineficacia del traslado es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado, lo cual se aplica sin importar si existe o no un derecho consolidado, si se tiene un beneficio transicional o si se está o no próximo a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo, ello teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto y, en ese orden de ideas concluyó que, cuando se alega la ineficacia del traslado del régimen la carga de la prueba de acreditar el deber de información corresponde a la AFP, entidad que en este caso, no demostró en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia que brindó una información clara y suficiente sobre el traslado de régimen en el año 1994, pues si bien se aportó formulario de vinculación, el mismo no acredita la información brindada a la demandante y solo demuestra la ocurrencia de un acto libre de vicios pero no informado, sin que se allegara otra prueba que acreditara tal circunstancia.

Adicionalmente refirió que en el interrogatorio de la demandante no se avizó una confesión respecto de haber recibido la información suficiente como consecuencia del traslado y, por el contrario, señaló que no le indicaron los requisitos para pensionarse en el ISS y en el RAIS o la forma de obtener este beneficio en un futuro, pues si bien no se debía realizar un cálculo pensional, la AFP sí tenía la obligación de asesorar a la demandante respecto de la forma en que se iba a pensionar, lo que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

no se acredita en el juicio, así como tampoco los elementos o características propias del régimen de ahorro individual. Consideró que la reunión que dice la actora duró cinco minutos no era suficiente para suministrar toda la información, máxime cuando la AFP no demostró cual fue la información que suministró en ese tiempo o si fue en un tiempo superior. De otro lado, precisó que si bien la demandante puso de presente que no fue presionada para firmar el formulario y que le hablaron de algunas características como la apertura de la cuenta de ahorro individual con rendimientos financieros y la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, ello no es suficiente para acreditar el deber de información, pues conforme a la línea jurisprudencial de nuestro órgano de cierre hay elementos decisivos indiferentes a estos aspectos, como sería la forma en que se iba a liquidar la pensión, las modalidades de pensión, las características del régimen de prima media las cuales no fueron acreditadas por PORVENIR ni confesadas por la demandante al absolver el interrogatorio.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, PORVENIR interpuso recurso de apelación a fin de que sea revocada y se absuelva de las pretensiones de la demanda al argumentar que la AFP no tenía obligación de brindar información teniendo en cuenta la circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia para que se entendiera como válido el traslado de régimen, que el afiliado expresara su voluntad al momento de firmar el formulario de afiliación de conformidad con las normas vigentes, tal como ocurrió en el presente asunto, de modo que la administradora cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia de la actora en el régimen de ahorro individual con solidaridad ha sido una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado por el tiempo. Que tampoco es razonable decir que la ineficacia se da por falta de consentimiento por vicios en el mismo, toda vez que PORVENIR brindó a la demandante una asesoría oportuna en donde se le informó sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y de las condiciones pensionales como se advierte en el formulario suscrito por la demandante, por lo



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que en el presente caso se da el fenómeno establecido en el artículo 1752 y siguientes del Código Civil relativos al saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, la cual opera de manera automática si se tiene en cuenta que la demandante realizó aportes y traslados en el régimen de ahorro individual por lo que ratificó su decisión de permanecer en él por el paso del tiempo correspondiente a actos de relacionamiento, de otro lado, refirió que no se puede aducir la falta de información obligando a PORVENIR a aportar documentación que para la fecha no era obligatorio.

Adicional a ello adujo que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración pues están destinados para financiar los costos de la administración y de la pensión de invalidez y de sobrevivencia y además que la Superintendencia Financiera ha indicado de forma expresa que en los eventos que proceda la ineficacia del traslado es procedente la devolución de los aportes y rendimientos más no las comisiones de administración situación estipulada igualmente en el artículo 103 de la Ley 100 de 1993, adicionalmente asentó que ordenar el traslado constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante. Finalmente indicó que respecto de los gastos de administración y la prima de seguros opera el fenómeno de la prescripción pues dichos valores no financian la pensión de vejez.

Por su parte, COLPENSIONES interpuso el recurso de alzada en atención a que de conformidad con la ley 169 de 1896 debe acogerse el precedente jurisprudencial de nuestro órgano de cierre, esto es, las sentencias SL3752 de 2020, SL 413 de 2018 y SL 1061 de 2021 en las que se efectúa un análisis de un mismo punto de derecho respecto de los actos de relacionamiento que se configuran en el presente caso, pues existe certeza de la vocación de permanencia de la demandante en el RAIS al formar parte de diferentes AFP.

Igualmente, como quiera que la decisión resultó adversa a una entidad pública de la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, se estudiará el proceso en consulta de la sentencia, conforme lo dispuesto por el artículo 69 del CPT y SS.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y COLPENSIONES y PORVENIR formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora NANCY CECILIA PINEDA ORTÍZ, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, incluidas las cuotas de administración?

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la demandante se trasladó del régimen de prima media administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual mediante suscripción del formulario de afiliación de PORVENIR en el año 1994 y posteriormente a la administradora de pensiones BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR el 20 de enero de 2006, conforme se lee en los formularios de afiliación visibles a folios 85 y 85 vto.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 359 del 3 de febrero de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala Permanente de Casación Laboral de la C.S.J. y que acoge la Sala de esta Corporación, pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora PINEDA ORTÍZ fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.

Se concluye entonces que PORVENIR incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplieron su deber de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, máxime si se tiene en cuenta que, tal como lo ha aclarado nuestro órgano de cierre en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *“...el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación... para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

*En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)...” (Sentencia SL 1688 – 2019).*

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieron una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba, pese al traslado de la demandante entre administradoras del RAIS, pues tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral en la Sentencia proferida dentro del expediente 31989 del 09 de septiembre de 2008, “*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz y al ser la consecuencia que no produce efecto alguno, tampoco se aplica la prohibición de traslado entre regímenes si faltan menos de 10 años para obtener la edad para la pensión.

De otro lado, es dable precisar que, conforme a lo asentado por el máximo tribunal y contrario a lo expuesto por PORVENIR al interponer el recurso de alzada, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: *“...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad 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”*.

Así las cosas, resulta acertada la decisión del a quo al incluir en la condena los descuentos por cuotas de administración y comisiones, sin embargo se modificará en el sentido de que no podrán descontarse tampoco las cuotas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia como consecuencia de la afiliación al RAIS, pues el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida, para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

Corolario de lo anterior, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual de la demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual que posea el accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, también incluye los gastos de administración pues el propósito de la ineficacia es retrotraer la situación como si el acto nunca hubiere ocurrido y además, conforme se indicó dichos rubros interesan a la garantía de sostenibilidad del sistema como consecuencia del traslado.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se CONFIRMARÁ la condena impuesta en la sentencia de primera instancia. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES, en la suma de \$400.000 como agencias en derecho cada una.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2º de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de junio de 2021, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. además el traslado de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES a favor de la demandante en la suma de \$400.000 como agencias en derecho a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 17 2019 00370 01
Demandante: ROSALBA LARA ROJAS
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN S.A.

Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con la C.C. No. 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820, conforme el poder general otorgado mediante la escritura pública No. 120 del 1º de febrero de 2021 y como su apoderada sustituta se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con la C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 conforme la sustitución del poder otorgada, documentos aportados por correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y a estudiar en grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia proferida el 22 de junio de 2021 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora ROSALBA LARA ROJAS formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que previos los trámites legales se declare la nulidad del traslado efectuado por medio de inscripción realizada el 24 de agosto de 1999 desde el régimen de prima media con prestación definida hacia la administradora de fondos de pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN, así como la nulidad del posterior traslado efectuado el 28 de enero de 2004 con la AFP PORVENIR, en consecuencia, se condene a PORVENIR autorizar y efectuar el traslado hacia COLPENSIONES de todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual incluidos bonos pensionales con todos sus frutos e intereses y se condene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación respectiva como si el traslado nunca hubiese existido.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que realizó aportes a pensiones en el ISS desde el año 1978 hasta noviembre de 1994, que se trasladó de régimen con la AFP COLMENA el 24 de agosto de 1999, momento en el cual el formulario fue diligenciado por el asesor de dicha administradora quien le dio a conocer que al trasladarse a dicho modelo pensional podría pensionarse en cualquier momento, así mismo le manifestó que esa administradora era igual que estar en el Seguro Social, nunca le explicó que en el sistema pensional del RAIS no se tenía en cuenta la edad ni las semanas de cotización como sí sucede en el régimen de prima media con prestación definida, que la AFP en el momento del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

traslado no le dio a conocer que los aportes del RAIS dependían de las variaciones en los mercados financieros y la inflación entre otros factores económicos, tampoco informó que el capital mínimo requerido para acceder a la pensión dependía de la propia aportante, que no le comunicaron que la pensión de vejez dependía de la cuantía ahorrada, tampoco se le informó sobre el derecho que tenía de ejercer un nuevo traslado hacia el régimen de prima media una vez cumplidos los requisitos legales, así mismo señaló que el formulario de afiliación no contiene la constancia respecto de haber recibido una información clara, comprensible y precisa sobre las condiciones para acceder a la pensión, que el asesor de PROTECCIÓN días previos al traslado la presionó y acosó para lograr el cambio de régimen y que no se tuvo en cuenta una proyección de la pensión en ambos regímenes, así como tampoco le indicaron cuales eran las ventajas y desventajas del traslado. Adicional a ello, refirió que en su labor como auxiliar de enfermería, a inicios del año 2004 fue asediada insistentemente por asesores de la AFP PORVENIR con el objeto de lograr el cambio de administradora de fondos de pensiones, por lo que el 28 de enero de 2004 suscribió el formato de vinculación o traslado dado que el asesor le informó que en dicha administradora tendría mejores posibilidades de pensionarse

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez subsanada, admitida y notificada en legal forma la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones, tras aducir que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese inducido en error (falta del deber de información) por parte de las AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Asimismo indicó que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y se firmaron de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas, igualmente, manifestó que en el presente caso la demandante no cumple con los



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Formuló las excepciones denominadas 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 y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones al aducir que no existe ni existió vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante al momento de celebrar el acto jurídico de la vinculación al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR. Que la demandante diligenció el formulario de afiliación de forma libre, voluntaria, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza, situación que se corrobora con la firma del formulario de afiliación. Formuló las excepciones denominadas: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación.

Finalmente, PROTECCIÓN S.A., presentó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda bajo el argumento que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, observándose del formulario de vinculación que suscribió la señora demandante que se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esa forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto de la administradora de pensiones como de la afiliada, que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños ya que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optara por el traslado del régimen, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento pues reiteró que el mismo se hizo de forma libre y voluntaria en los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994 a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

en el sentido de trasladarse al fondo de pensiones protección y un acto válido y existente. Formuló las excepciones denominadas: 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 declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y traslado de aportes a PORVENIR.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 22 de junio de 2021, DECLARÓ NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, DECLARÓ que el traslado de la Sra. ROSALBA LARA ROJAS identificada con la C.C. 39.520.565 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS administrado hoy por PROTECCIÓN S.A fue ineficaz, así como su posterior vinculación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., y por consiguiente no produjo efectos jurídicos, ni el traslado inicial ni la vinculación posterior a PORVENIR; DECLARÓ que la señora LARA ROJAS, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que COLPENSIONES tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad; ORDENÓ a las administradoras de fondos de pensiones PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubiesen conformado la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses causados; CONDENÓ a las administradoras de fondos de pensiones PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que descontaron de la cuenta de ahorro de la demandante a título de gastos de administración, los cuales deberán ser



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

asumidos por cada una de las demandadas de su propio patrimonio; ORDENÓ a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a favor de la demandante y convalidarlos en su historia laboral, para los efectos de las semanas a que haya lugar en ese régimen pensional y CONDENÓ EN COSTAS a las demandadas incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$900.000 M/Cte.

Como fundamento de su decisión, adujo que no es posible establecer con los medios de prueba obrantes en el expediente que se le hubiese brindado a la demandante una información de manera clara y precisa y que hubiese entendido las implicaciones del cambio de régimen pensional, que en el interrogatorio de parte la accionante se limitó a señalar que el asesor le presentó un formulario para que lo escribiera sin que le indicara las características del régimen, solamente le refirió que podía pensionarse a la edad que quisiera, que el monto de la mesada pensional podría ser superior al que recibiría en el ISS y que en general, no tuvo mayor contacto con el asesor de COLMENA, por lo que la decisión de trasladarse obedeció a la necesidad de firmar el formulario y el riesgo que implicaba para ella permanecer en el ISS. En cuanto a la afiliación a la AFP PORVENIR, indicó que fue acosada por el asesor de dicha administradora, quien le informó que la pensión podía ser similar o igual al salario que estaba ganando con una edad específica, sin que del interrogatorio se desprenda confesión alguna y, por el contrario, en sus respuestas se limitó a ratificar los argumentos de la demanda. Además de lo anterior, explicó que, si bien se solicita la nulidad del traslado al RAIS, la consecuencia de la falta al deber de información no es la nulidad sino la ineficacia.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación de manera parcial respecto del traslado de los gastos de administración a la entidad del régimen de prima media al aducir que dichos descuentos se realizaron en cumplimiento de disposiciones legales válidas



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

y vigentes a la fecha del traslado, se trata de comisiones ya causadas y pagadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo cual se hizo de manera correcta y oportuna, pues generó a lo largo del tiempo unos rendimientos significativos que se reflejan en materia económica específicamente en la cuenta de ahorro individual. Indicó que, teniendo en cuenta que PROTECCIÓN puso a disposición del accionante todo el conocimiento técnico y experticia para que tuviera unas condiciones óptimas de manejo, considera apenas justo que la administradora pueda conservar los gastos de administración que se causan en ambos regímenes, de lo contrario se estaría generando un detrimento patrimonial y un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, además que de no haber estado afiliado al RAIS nunca hubiera podido obtener los rendimientos de su cuenta, sumado a ello, manifestó que dichos dineros ya no se encuentran en el patrimonio de PROTECCION y en tal sentido, se estaría hablando de una condena en el marco de la responsabilidad profesional y, en ese sentido, el juez natural para definir dicho asunto, sería el juez civil, además que en dicho proceso deben acreditarse unas situaciones puntuales como un daño, hecho causal o factor de imputación y ahí sí la carga de la prueba es estática, situación que no se presenta en este proceso.

Por su parte PORVENIR S.A. interpuso el recurso de alzada en cuanto a la condena de los gastos de administración y costas del proceso, pues conforme a la jurisprudencia del máximo tribunal no se debe aplicar el precedente de manera objetiva sino que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y en especial, no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo con el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también en el régimen de prima media se destina un 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción, además, resaltó que la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 17 de enero de 2020 indicó expresamente que en los eventos en que proceda la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que proceda la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

devolución de primas de seguros previsionales en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza ni tampoco la comisión de administración. De igual manera precisó que de ordenarse el traslado se configuraría un enriquecimiento sin causa en contra de la demandada y al no existir norma que señale que se deben devolver dichos conceptos, evidencia que no están destinados a financiar la pensión, sino que es una contraprestación de la gestión para incrementar la cuenta de ahorro individual del afiliado, por lo que deberá declararse la prescripción de este concepto. Adicional a ello, mencionó que el juez la condenó en costas, sin embargo, PORVENIR no efectuó el traslado inicial del cambio de régimen de la demandante y, por ende, no tuvo injerencia en dicho acto, pues solo hizo un traslado horizontal.

Por último, COLPENSIONES interpuso igualmente recurso de apelación, bajo el argumento que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal establecida en el artículo 2° de la ley 797 de 2003 y en ese orden de ideas, el traslado goza de plena validez, además de ser una potestad única y exclusiva del afiliado sin que pueda trasladarse cuando le faltaren 10 años o menos. De otro lado mencionó que de conformidad con el Artículo 107 de la ley 100 de 1993 “Todo afiliado al régimen y que no haya adquirido la calidad de pensionado, podrá transferir voluntariamente el valor de su cuenta individual de ahorro pensional a otro plan de capitalización o de pensiones autorizado, o trasladarse a otra entidad administradora”, lo que permite concluir que es improcedente el traslado de régimen. Igualmente, refirió que no se demostró el vicio del consentimiento como se alega en la demanda y se expuso en la audiencia, que para el momento de la afiliación era imposible calcular una futura mesada pensional real pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados para esa fecha en la historia laboral de la demandante. Sumado a ello, manifestó que la actora no demostró que fue engañada, máximo cuando se advierte que permaneció en el régimen de ahorro individual sin manifestar inconformidad por el desempeño de las administradoras. Hizo mención al Decreto 2071 de 2015 por medio del cual se dispuso que las administradoras de pensiones deben informar de manera completa los beneficios e inconvenientes en cada régimen, así mismo que la resolución 016 de 2016 de la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Superintendencia Financiera, menciona los mecanismos para efectuar las asesorías en especial, para las mujeres de 42 años y hombres de 47, por cuanto a partir de esa edad no pueden trasladarse, pero dicha restricción no es retroactiva, por lo que no puede aplicarse al caso en concreto, razón por la cual solicita se revoque la decisión de primera instancia.

Igualmente, como quiera que la decisión resultó adversa a una entidad pública de la que la Nación es garante como es COLPENSIONES, se estudiará el proceso en consulta de la sentencia, conforme lo dispuesto por el artículo 69 del CPT y SS.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y la parte demandante y COLPENSIONES formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

Reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora ROSALBA LARA ROJAS, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en el régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, incluidas las cuotas de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes?



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS.

Sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014, con ponencia de la Magistrada ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Sentencia SL 19447 de 2017 con ponencia del magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, con ponencia del Magistrado GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 3464 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Sentencia SL 1467 del 21 de abril de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sentencia SL 359 del 3 de febrero de 2021, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la demandante se trasladó del régimen de prima media administrado por el extinto ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual mediante suscripción del formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 24 de agosto de 1999 con fecha de efectividad a partir del 1° de octubre del mismo año, posteriormente efectuó traslado a PORVENIR S.A. el 28 de enero de 2004, efectivo desde el 1° de marzo de la misma anualidad, todo lo anterior, conforme se lee en los formularios de vinculación de folios 206 y 303, el historial de vinculaciones de Asofondos- SIAFP visible a folios 205 y 305 y el certificado expedido por PORVENIR de fecha 23 de julio de 2019 obrante a folio 208 en el cual consta que la demandante actualmente se encuentra vinculada a dicha administradora.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., y que acoge la Sala de esta Corporación, pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, pues la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora LARA ROJAS fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas. Tampoco se entiende cumplida esta obligación con la información que, según la demandante en el interrogatorio de parte, le brindaron los asesores de PROTECCIÓN y PORVENIR al momento de su afiliación a cada una de ellas, toda vez que se trató de simples peculiaridades del RAIS y no de la totalidad de información ventajosa y desventajosa que, según la línea jurisprudencial del órgano de cierre de la jurisdicción, debió brindarse para entender cumplido el tantas veces mencionado deber de información.

Esa carga probatoria tampoco la suplió PORVENIR S.A. pues no se demuestra la debida asesoría en la que se le explicaran las características del RAIS, las diferencias con el RPMCD ni las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de ahorro individual, información que aún podría ser oportuna para persuadir a la demandante de retornar al RPMPD, cuando todavía no estaba inmersa en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Se concluye entonces que las administradoras de pensiones incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplieron su deber de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, máxime si se tiene en cuenta que, tal como lo ha aclarado nuestro órgano de cierre en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *“...el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación... para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

*En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)...” (Sentencia SL 1688 – 2019).*

Ahora bien, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieron una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba, pese al traslado de la demandante entre administradoras del RAIS, pues tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral en la Sentencia proferida dentro del expediente 31989 del 09 de septiembre de 2008, “*Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se*



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz y al ser la consecuencia que no produce efecto alguno, tampoco se aplica la prohibición de traslado entre regímenes si faltan menos de 10 años para obtener la edad para la pensión.

De otro lado, es dable precisar que, conforme a lo asentado por el máximo tribunal y contrario a lo expuesto por las demandadas al interponer el recurso de alzada, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones así como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)".



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: *“...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad 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”*.

Así las cosas, resulta acertada la decisión del a quo al incluir en la condena los descuentos por cuotas de administración de administración y las sumas adicionales de la aseguradora, como consecuencia de la afiliación al RAIS, los cuales no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

Corolario de lo anterior, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros”.

Quiere decir lo anterior que las AFPs devolverán a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual de la demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual que posea el accionante hasta que se haga efectivo el traslado, en los términos indicados con anterioridad.

Respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial y de cara a lo señalado por PORVENIR y PROTECCIÓN, también incluye los gastos de administración pues el propósito de la ineficacia es retrotraer la situación como si el acto nunca hubiere ocurrido y además, conforme se indicó dichos rubros interesan a la no vulneración de la sostenibilidad del sistema como consecuencia del traslado.

Finalmente, la Sala no encuentra razones válidas para revocar la condena en costas en contra de PORVENIR como lo solicita la apelante, atendiendo a lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P. el cual establece su pago sin acudir a criterios subjetivos de las partes para su exoneración, más allá de resultar vencida en juicio.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se CONFIRMARÁ la sentencia impugnada y objeto de consulta. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$400.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN TRANSITORIA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de junio de 2021 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$400.000 como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
Magistrada

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020