

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MARÍA OLGA RUBIO CASTRO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y EN LITIS CONSORTE NECESARIO LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver las apelaciones interpuestas por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., y para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2020 por el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA OLGA RUBIO CASTRO presentó demanda contra la CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 01 de diciembre de 1999. Señala que PORVENIR S.A omitió brindarle información completa y oportuna al momento de suscribir el formulario de su traslado sobre las implicaciones del cambio de régimen.

Indica que el asesor comercial la engaño y le dijo “*que su pensión sería de dos salarios y medio*”, y se siente asaltada en su buena fe al observar que lo indicado no sucedió. Como consecuencia de lo anterior, pide que se le ordene a PORVENIR S.A devolver a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros; y a su vez se ordene a COLPENSIONES recibir la afiliación de la actora al RPM sin solución de continuidad (ver demanda en folios 4 a 10).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la afiliación realizada por la actora desde el año 1999 a Santander y posterior a Porvenir, tiene plena validez, y la afirmación de vicio de consentimiento por falta de asesoría acaecida en el trámite de traslado deberá ser probada fehacientemente por la demandante. Indica que el traslado entre varias AFP’S deja en evidencia la intención de la actora de permanecer en el RAIS, y como prueba de ello están los formularios de afiliación que dan fe del consentimiento por parte de María Olga Rubio. Finalmente insiste que la actora, cuando realizó por primera vez su traslado (año 1999), le faltaban más de 15 años para alcanzar su derecho pensional, por lo cual es imposible que las AFP’S informaran sobre la conveniencia de permanecer en un régimen y otro. Propuso como excepciones: *prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación, y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 35 a 39 del plenario).

La demandada PORVENIR S.A, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde a las disposiciones legales de la época, y a las instrucciones impartidas de la Superintendencia Financiera de Colombia; además destaca que la AFP PROTECCIÓN es quien debe aclarar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el proceso de traslado, puesto que MARÍA OLGA RUBIO al suscribir el formulario con PORVENIR S.A. provenía del fondo Pensiones Santander. Afirma que la demandante tomó una decisión informada y

consciente en el proceso de vinculación con PORVENIR, ya que con la firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Propuso como excepción previa: *no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios*, y de fondo: *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 la innominada o genérica*. (ver contestación en folios 53 a 59).

Por su parte la INTEGRADA COMO LITIS CONSORTE NECESARIO ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, mediante apoderada, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante goza de toda la validez y eficacia, puesto que la misma se dio libre, espontánea y sin presiones, precedida de asesoría adecuada, suficiente y oportuna a través de los formularios de vinculación, por lo que considera que no existe ningún vicio del consentimiento que amerite la declaratoria de nulidad o de ineficacia del acto jurídico. Indica que PROTECCIÓN ya trasladó la totalidad de los aportes de la demandante a PORVENIR S.A.- Señala que conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 el afiliado es libre de escoger el régimen pensional y para ese efecto manifiesta por escrito su elección, como ocurrió con la demandante. Finalmente indica que no puede afirmar la demandante, después de 15 años, que su traslado fue ineficaz, y que la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento, ni una causal de ineficacia. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación y causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP – inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado, traslado de aportes* (ver contestación en folios 100 a 110 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de septiembre de 2020, mediante la cual el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive tiene el siguiente tenor: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante MARÍA OLGA RUBIO CASTRO del régimen de prima media con prestación definida administrado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrada por PROTECCIÓN S.A, el día 27 de octubre del año 1999 con efectividad a partir del primero de diciembre del mismo año, así como los traslados horizontales que posteriormente se dieron dentro de los fondos que corresponden a este mismo régimen de ahorro individual con solidaridad hasta llegar a PORVENIR que fue la última filiación realizada el 31 de octubre del año 2005, todo conforme a la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A a trasladar a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento en que hubiese realizado alguna, bonos pensionales en caso de ya estar redimidos y todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder sin descuento alguno, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia. TERCERO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que reciba los dineros provenientes de PORVENIR S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, para que proceda a activar La afiliación de la accionante como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, asimismo que actualice la historia laboral en semanas cotizadas. CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas. QUINTO: CONDENAR en costas junto con agencias en derecho a las demandas PROTECCION S.A y PORVENIR S.A, las cuales se tasan en la suma de \$1'000.000 para cada una de ellas. SEXTO: en caso de no ser apelada la presente decisión por la parte demandada COLPENSIONES, consúltese con el superior en los términos del artículo 69 del Código de*

procedimiento de trabajo y la seguridad social.” (Expediente digital Minuto 06:18)

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia estimó que la AFP PROTECCIÓN S.A no demostró que hubiese suministrado información veraz, completa y suficiente sobre los beneficios, ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional. Argumentó que del interrogatorio de parte no se logró obtener confesión alguna, como lo indicaron los alegatos de conclusión de las administradoras demandadas. Consideró que COLPENSIONES por no haber tenido injerencia en el traslado de la demandante no debía ser condenada en COSTAS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES afirma que el interrogatorio de parte genera dudas pues afirma de manera enfática que no recibió información alguna frente a su situación pensional, pero también hace aseveraciones que resultan ser ajenas a la verdad. Aduce que las decisiones de ineficacia del traslado están afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema pues la demandante no ha efectuado cotizaciones por 20 años al RPM, circunstancia que generaría una descapitalización del fondo común, y atenta contra lo señalado en la sentencia C 1024 del año 2004 (Minuto 27:50)¹.

¹ *“Muchas gracias su señoría, siendo está la oportunidad procesal correspondiente, presentó recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir, y le solicité respetuosamente a los honorables magistrados del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá absolver a mi representada Colpensiones en razón a las siguientes consideraciones. Tal como conoce este despacho, está apoderada muy respetuosamente se aparta de las consideraciones esbozadas al momento de proferir la sentencia objeto del presente recurso de apelación, por cuanto en primer lugar si bien se manifestó en las mismas que el interrogatorio de parte de la demandante no cumplía con los requisitos establecidos en el código general del proceso, si es importante señalar que en el mismo se generan dudas por cuanto las situaciones de tiempo modo y lugar a través de las cuales se llevó a cabo la asesoría brindan en un primer momento por la AFP Protección, esto por cuanto la demandante en unos de los apartes del interrogatorio de parte hace alusión que no recuerda, pero entonces cómo es posible que manera tan enfática y categórica manifieste que no se le brindó información frente a una situación que ella misma manifiesta que no recuerda, estas son situaciones o circunstancias que generan dudas frente a esta apoderada de manera en cómo se llevaron a cabo asesorías por los fondos aquí demandados y por lo tanto le solicito muy respetuosamente a los honorables magistrados del tribunal tengan en cuenta esta clase*

En el recurso de PORVENIR S.A. solicita que se apliquen los lineamientos jurisprudenciales que han dicho que cada régimen tiene características diferentes, y que la nulidad no se puede basar en el monto o cuantía pensional. También solicita que se aplique la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que aquí no se está poniendo en riesgo el derecho de pensión de la afiliada, y lo que está pretendiendo es un valor superior de mesada. Finalmente, de manera subsidiaria pide, en caso de confirmar la ineficacia, que se revoque el numeral 2 de la sentencia respecto de devolver los bonos de pensión, ya que estos dineros solamente son utilizados para financiar

de circunstancias para evitar caer justamente en modelos en los cuales los demandantes hacen alusión a presuntas faltas de información que a veces resultan ser ajenas a la verdad al momento en que se efectuaron esos tres lados al régimen de ahorro individual con solidaridad, esto en un primer momento. En un segundo punto se le pone de presente a los honorables magistrados del tribunal, que tal como lo señaló el juez, la finalidad de esta clase de procesos es justamente lograr que en el régimen de prima media con prestación definida se adquieran estados pensionales superiores a los que adquirirían en el régimen de ahorro individual con solidaridad; pero esta situación generaría una afectación a un principio de rango constitucional que es el principio de sostenibilidad financiera del sistema, por cuanto es reconocido bien conocido que en los cálculos que efecto a mi representada con miras de conocer a futuro los estados pensionales de sus posibles afiliados no se tuvo en cuenta a la demandante, más aún cuando efectuó su traslado primigenio en el año 1999, razón la demandante no ha efectuado cotizaciones régimen administrado por mi representada por un término superior a 20 años. Circunstancia que generaría una descapitalización del fondo común, que tal como lo señala la corte constitucional en la sentencia C 1024 del año 2004, en la cual justamente para evitar esta es capitalización del fondo común se establece esa previsión legal del traslado en la cual se encuentra en este momento inmersa la demandante. Estas afectaciones en contra de mi representada a Colpensiones, Por cuánto tendría que conocer a futuro una mesada pensional en favor de la demandante son las que generan que justamente se presentó oposición en los procesos y por lo tanto se tenga en cuenta por parte de los honorables magistrados del tribunal que la posición no es por mero arbitrio sino por el contrario, Protección salvaguarda principios de rango constitucionales. En este caso no habría ningún tipo de desconocimiento a los derechos fundamentales de la demandante, por cuanto ella se encuentra afiliada en un régimen de pensiones que se encuentra vigente dentro de nuestro ordenamiento jurídico y por lo tanto es completamente viable el mismo, razón por la cual no habría porque considerarse en este caso que existe algún tipo de una oración a los derechos fundamentales de la demandante y más aún cuando a través del principio de sostenibilidad financiera del sistema se busca justamente proteger la garantía pensional de todos los afiliados que se encuentran haciendo efectuando sus cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida. Finalmente es de claro conocimiento que el otrora instituto de los seguros sociales no tuvo injerencia alguna en el momento en que la demandante efectuó su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, tal como lo señala el juez en la parte final de la sentencia, circunstancia entonces por la cual no resultaría procedente perjudicar a mi representada colpensiones, siendo está un tercero que lo único que hizo frente a los traslados efectuados por la demandante fue aceptarlos al ser su derecho a la libre escogencia del régimen, por lo tanto en virtud de este principio de relatividad contractual no tendría porqué haberse condenado a un Tercero quien no tuvo injerencia alguna en los negocios jurídicos suscritos y que hoy se está demandando al verse perjudicado en las declaraciones que se están efectuando en la presente sentencia. En estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación agradeciendo de antemano al juez la oportunidad brindada. Muchas gracias.

pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia en el régimen de ahorro individual RAIS, no a efectos de financiar pensiones en el RPM, precisamente si se declara la nulidad, no tendría derecho a ningún bono de pensión y por lo tanto no es dable proceder a trasladarlos (Minuto 09:08)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

² “Gracias su señoría, de modo muy respetuoso y siguiendo los lineamientos dados por mí representada, me permito interponer recurso de apelación a la presente sentencia teniendo en cuenta los siguientes argumentos. En primer lugar consideramos de modo muy respetuoso que este A quo no se puede apartar de lo dispuesto en sentencia 2018 00387 del 4 de septiembre de 2020, magistrado ponente Lorenzo Torres Rusi, proferido por el tribunal superior de Bogotá, sala laboral, en el cual determinó colocar la nulidad de afiliación entre otros “el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su valor, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último, Asimismo continúo en la misma sentencia en el resuelve determina que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento en que se realizó la afiliación al régimen de pensión y no pueden aplicarse normas subsiguientes en virtud del principio de irretroactividad de la ley”. Así mismo, su señoría, en primer lugar solicitó al honorable tribunal apliqué sus propios lineamientos jurisprudenciales que están acorde a derecho y se revoque la presente sentencia, abonado al hecho que es preciso reiterar que tanto régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS como el régimen de prima media con prestación definida RPM, son dos regímenes diferentes, sin embargo coexistentes entre sí, y la supuesta nulidad como en el presente asunto se fundamenta en la forma de liquidar el ingreso base de liquidación valga la redundancia, en primer lugar por cuanto en el régimen de prima media se construye el valor de la mesada pensional en los últimos 10 años de cotización, valor incierto al momento del traslado del accionante, Por lo cual el hecho que hoy en día la liquidación de la supuesta mesada de pensión sea superior en un régimen o en el otro, pues la accionante incremento ingreso de cotización en los últimos años no puede ser razón a fin de decretar una nulidad, no existe engaño alguno, lo que constituye es un hecho nuevo, sobreviniente, ajeno al traslado que efectuó a mi representada. Así mismo tenemos en cuenta que sí debe aplicarse, de forma respetuosa consideramos, además de los lineamientos del honorable tribunal en lo referente a la prescripción por cuanto no está en riesgo el derecho de pensión de la afiliado, lo que está pretendiendo es un valor superior de mesada, y en tal sentido si debe aplicarse la prescripción en el presente asunto. Finalmente y de modo subsidiario, si el honorable tribunal considerad ese apartarse de su pronunciamiento jurisprudencial, conforme a sentencia que se citó al comienzo, de modo subsidiario solicitó se revoque y se confirme la ineficacia de la afiliación o se revoque el numeral 2 respecto a devolver los bonos de pensión, en primer lugar por cuanto los bonos tipo A esa redención solamente son usados o este dinero solamente es utilizado a efectos de financiar pensiones de vejez, invalidez y sobrevivencia en el régimen de ahorro individual RAIS, no a efectos de financiar pensiones en el RPM, precisamente si se declara la nulidad no tendría derecho a ningún bono de pensión y por lo tanto no es dable proceder a trasladarlos. Finalmente si lo que se estipula o lo que pretende dar a entender es que estar afiliado al régimen de prima media o al régimen de ahorro individual es un perjuicio en sí mismo, pues está creado de acuerdo a la ley y ratificado conforme control constitucional no ha sido declarado inexequible o ha sido derogado, y en tal sentido no puede pretenderse de que la simple afiliación al RAIS en sí mismo sea un argumento para sustentar una nulidad. De forma muy respetuosa solicito al honorable tribunal se revoque demo principal la condena y de modo subsidiario el tema de devolver bonos pensionales. Muchas gracias su señoría.

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 39 años de edad y había cotizado 942.43³ semanas, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (12 años, 9 meses y 15 días), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

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

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

³ Ver cédula de ciudadanía e historia laboral actualizada de COLPENSIONES en Cd 2 que contiene expediente administrativo a folio 40.

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

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

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

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A no demostró haberle brindado toda la información pertinente en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, el deber de informar *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Además, para la Corte la ineficacia no prescribe⁶, y no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación por el paso del tiempo o con posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 27 de octubre de 1999 con

⁶ *“En la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).”*

efectividad el 01 de diciembre de 1999 a PROTECCIÓN S.A, 23 de agosto de 2001 a SANTANDER – ING por absorción hoy PROTECCIÓN S.A y el 31 de octubre de 2005 a PORVENIR S.A -, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada ver historial de afiliaciones, formularios de afiliación y SIAFP (folios 61 a 65, 111 a 115).

Asimismo, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó devolver los bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, pues así lo ha dispuesto la Corte (sentencia SL 31314 del 6 de diciembre de 2011, M.P. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN): *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”.*

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para ordenar la devolución de los gastos de administración que cobraron todos los fondos durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada uno de ellos, para lo cual sigue también el criterio que trazó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); y para declarar que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración que cobraron durante la permanencia de MARIA OLGA RUBIO CASTRO con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; y para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BERNARDO GARCIA ACEVEDO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta (30) días de noviembre de dos mil veinte (2020).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para estudiar el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia dictada el 16 de octubre de 2020 por la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, BERNARDO GARCÍA ACEVEDO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor el incremento pensional del 7% y 14% por hijo en condición de discapacidad y cónyuge a cargo, sobre la pensión de vejez que reconoció a su favor el ISS, hoy COLPENSIONES, con fundamento en el régimen pensional establecido en el Acuerdo 049 de 1990. Lo anterior, teniendo en cuenta que contrajo matrimonio con ANA ISABEL ACEVEDO SARMIENTO el 29 de enero de 1980 y cumple los requisitos de convivencia y dependencia económica establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990. Afirma que dentro del matrimonio procrearon a su hijo RUBEN CAMILA

GARCÍA (12 de marzo de 1986) y debido a una discapacidad no labora y depende exclusivamente del demandante. Pide que se ordene el pago del incremento pensional a partir del 3 de diciembre de 2011, junto con la indexación e intereses moratorios que se generen (ver demanda en folios 4 a 11 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones incoadas con fundamento en que los incrementos pensionales establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 desaparecieron de la vida jurídica con la vigencia de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada (ver contestación en folios 33 a 38 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de julio de 2020, a través de la cual la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá se ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar el incremento del 7% y 14% del SMLMV en la pensión del actor por hijo en condición de discapacidad y cónyuge a cargo. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: Sin costas en sede de esta instancia.” (Cd 2 Minuto 23:01)*

Para tomar su decisión, la juez de primera aplicó jurisprudencia de unificación que dictó la Corte Constitucional (SU-140 de 2019), en la cual se concluye que los incrementos pensionales establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 fueron derogados y dejaron de existir con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del demandante pide que se revoque el fallo de primera instancia y se concedan los incrementos pensionales en favor del demandante con la correspondiente indexación. Considera que el precedente jurisprudencial señalado por el a quo no resulta aplicable al caso bajo estudio, toda vez que al momento de presentarse la demanda la Corte Constitucional no había unificado el criterio respecto al tema del incremento pensional (Minuto Cd 2 23:26)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la calidad de pensionado del demandante, hecho que se acredita, además- con la copia de las Resoluciones No 107768 del 13 de abril de 2012, mediante las cuales el ISS, hoy COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez a partir del 3 de diciembre de 2011, en la suma de \$1.637.900 mensuales, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 (ver folios 22 y 23 del plenario). Tampoco fue objeto de controversia que el demandante contrajo matrimonio con ANA ISABEL ACEVEDO SARMIENTO el 29 de enero de 1990 que procrearon un hijo que actualmente es mayor de edad pero se encuentra en condición de discapacidad (ver registro civil de matrimonio, registro civil de nacimiento y dictamen de pérdida de capacidad laboral del hijo RUBEN CAMILO GARCÍA ACEVEDO hijo a folios 21 y 24).

¹ *“Si su señoría me permito presentar recurso de apelación en contra la sentencia proferida en esta diligencia, en el sentido de insistir en que el señor Bernardo García Acevedo tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional por persona a cargo consagrado en el artículo 21 del acuerdo 049, aprobado por el decreto 758 del mismo año, toda vez que el demandante fue pensionado en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. Así las cosas, considero que el precedente jurisprudencial tenido en cuenta por el juzgador de instancia no resulta aplicable al caso bajo estudio, toda vez que el mismo fue iniciado con anterioridad a la unificación de esta materia, es decir, que al momento de presentarse la actual demanda, la Corte Constitucional no había unificado su criterio respecto al tema del incremento pensional y por ende no puede sorprenderse a las partes con la aplicación de dicho precedente, puesto que con tal actuación se vulnera el principio de confianza legítima y seguridad jurídica. Con todo solicitó a la sala laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que revoque la sentencia proferida en esta diligencia y en su lugar se conceda el incremento del 7% en favor del demandante, así como la correspondiente indexación. Muchas gracias.*

Para resolver lo pertinente el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 ordenó incrementos en las pensiones de invalidez por riesgo común y de vejez por conyuge a cargo o por hijos dependientes², y si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entendía la vigencia de dicha norma (sentencias de 27 de julio de 2005, Rad. 21517 MP Isaura Vargas Díaz y Jaime Moreno García, y 5 de diciembre de 2007, Rad 29751. MP Luis Javier Osorio López), LO CIERTO es que reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia SU-140 de 2019), órgano competente para decidir sobre vigencia y exequibilidad de las normas legales, dispuso que los incrementos previstos en el decreto 758 de 1990 sí fueron derogados por la Ley 100 de 1993.

Sobre la materia, esa Corporación concluyó en la sentencia SU-140 de 2019, con ponencia de la Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER, lo siguiente: *“los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993”* por ello, *“salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005”*.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no se puede reconocer por falta de supuesto normativo; solo procede para pensiones causadas antes del 1° de abril de 1994 al amparo del Acuerdo 049 de 1990, razón por la cual

² ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

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

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

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

se confirmará la sentencia de primera instancia que absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas por las mismas razones.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALVARO FIGUEROA CRISTANCHO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta (30) días de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia dictada el 29 de julio de 2020 por la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá.

En dicha sentencia se ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar el incremento del 14% del SMLMV en la pensión del actor por cónyuge cargo.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ÁVARO FIGUEROA CRISTANCHO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor el incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, sobre la pensión de vejez que reconoció a su favor el ISS, hoy COLPENSIONES, a través de la Resolución 20507 del 2000. Lo anterior, teniendo en cuenta que contrajo matrimonio con BLANCA MERY CALDERÓN MORENO y cumple los requisitos de convivencia y dependencia económica

establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990. Pide que se ordene el pago del incremento pensional a partir del mes de abril de 2013, y las sumas de dinero se paguen debidamente indexadas (ver demanda en folios 4 a 11 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones incoadas con fundamento en que los incrementos pensionales establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 desaparecieron de la vida jurídica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, posición que fue confirmada por la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019. Propuso como excepciones: *inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, buena fe y la innominada* (ver contestación en folios 22 a 27 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de julio de 2020, a través de la cual la Juez Sexta (6ª) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar el incremento del 14% del SMLMV en la pensión del actor por cónyuge cargo. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“ABSOLVER a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. COSTAS a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se fija en la suma de \$50.000 por concepto de agencias en derecho”* (CD 3, audiencia virtual No 2, minuto 7:36).

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

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la calidad de pensionado del demandante, hecho que se acredita –además- con la copia de la Resolución No 2057 del 24 de octubre de 2000 mediante la cual el ISS, hoy COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez a partir del 12 de marzo de 2000, en la suma de \$1.505.440 mensuales, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 (ver folio 14 del plenario).

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

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

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

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

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

incrementos previstos en el decreto 758 de 1990 sí fueron derogados por la Ley 100 de 1993.

Sobre la materia esa Corporación concluyó en la sentencia SU-140 de 2019, con ponencia de la Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER, lo siguiente: *“los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993”* por ello, *“salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005”*.

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

COSTAS en primera instancia a cargo de la parte demandante. Sin COSTAS en la apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JORGE CESAR ORLANDO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la última entidad, la sentencia dictada el 16 de septiembre de 2020 por la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase al doctor Jhon Jairo Rodríguez Bernal, identificada con T.P. 325.589, para actuar como apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, en los términos y para los fines del poder conferido (ver Escritura pública No. 1717 del 16 de octubre de 2019 y apoderados judiciales de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S), y téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JORGE CESAR ORLANDO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad del traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 4 de mayo de 1994, y el posterior traslado horizontal entre fondos privados ocurrido el 20 de agosto de 2002, con fundamento en que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y las desventajas entre uno y otro Sistema de Pensiones en la situación personal y concreta del demandante. Como consecuencia de lo anterior pide que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES tener al demandante entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado (ver demanda en folios 3 a 9 del expediente).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderada, se allanó a las pretensiones de la demanda (folio 98).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que el traslado del demandante operó de forma libre y espontánea con la AFP COLFONDOS S.A., y dicha manifestación de voluntad fue ratificada cuando posteriormente realizó un traslado horizontal a la AFP PORVENIR después de recibir información suficiente sobre las condiciones, beneficios y características del RAIS. Propuso como excepciones la de *prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en folios 99 a 117).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que presume que el traslado del demandante se realizó en ejercicio del derecho a la libre escogencia del régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, por lo que deberá probarse la existencia de vicios en el consentimiento, la falta de información necesaria y/o la posible ineficacia del traslado. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta por causa y título para pedir* (ver contestación en folios 146 a 151 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de septiembre de 2020, mediante la cual la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor JORGE CÉSAR ORLANDO realizado del régimen de prima media al RAIS acaecido el 4 de mayo de 1994 mediante su afiliación a Colfondos por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del señor JORGE CÉSAR ORLANDO. TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR como AFP actual del actor a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor JORGE CÉSAR ORLANDO tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor. QUINTO: SIN CONDENAR en COSTAS en esta instancia ante su no causación. SEXTO: como quiera que la*

presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES se REMITIRÁN las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA en favor de dicha entidad” (CD 3, audiencia virtual, hora 1, minuto 15:41).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que no se aportaron medios de convicción para demostrar que los asesores de los fondos privados brindaron información detallada al demandante para el momento del traslado, advirtiendo que la carga probatoria es de las AFP's, al margen de que se trate de una persona beneficiaria o no del régimen de transición.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de PORVENIR S.A. pide que revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y de forma subsidiaria se revoque la devolución de los gastos de administración con los frutos e intereses, según los dispone el artículo 1746 del Código Civil. Afirma que PORVENIR sí cumplió con el deber de información cuando se realizó la afiliación del demandante al RAIS conforme las normas vigentes para la época, pues informó sobre las consecuencias, implicaciones y beneficios de afiliarse y permanecer en dicho régimen, y advirtió que el formulario de afiliación cumple con las exigencias establecidas por la Superintendencia Bancaria, y que no le son oponibles las obligaciones que surgieron en la normatividad y desarrollo jurisprudencial posterior. Además, aduce que la acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra afectada por el término de prescripción, y considera improcedente ordenar la devolución de sumas como gastos de administración con frutos e intereses según lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, pues este artículo se debe aplicar para la declaratoria de nulidad y no para la declaratoria de ineficacia, y los descuentos por concepto de gastos de administración se encuentra autorizados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y tienen como finalidad que el fondo pueda adelantar una buena

administración de los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual (CD 3, audiencia virtual, hora 1, minuto 15:41)¹.

¹ “Gracias señora Juez, en este estado de la diligencia me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por este despacho, manifestando como primera medida que tal y como se argumentó en los alegatos de conclusión mi representada sí cumplió con el deber de información que le asistía para la época en la que el actor realizó su afiliación al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. y en ese sentido entonces no es dable la declaratoria de ineficacia que ha sido realizada por el despacho en su numeral primero, así las cosas, también tengamos en cuenta que producto de las consecuencias que se derivan de la declaratoria de ineficacia, no es posible entonces que se ordene a mi representada a devolver sumas tales como gastos de administración con frutos e intereses según lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y más si tenemos en cuenta que la aplicación de este artículo se debe remitir solamente para la declaratoria de nulidad no para la declaratoria de ineficacia. Así las cosas, también tenemos que si vamos a entender entonces que la afiliación nunca se realizó y que no se generaron efectos respecto de la misma, pues entonces no sería tampoco procedente que se ordene a mi representada a la devolución de los gastos de administración que fueron descontados a través de la autorización del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 para poder llevar a cabo una buena gestión, una buena administración y la generación de rendimientos financieros a los dineros que fueron dados por parte del demandante y que se encuentran actualmente en su cuenta de ahorro individual. También quisiera poner de presente a los Magistrados del Tribunal Superior Judicial de Bogotá que la normatividad legal que le asistía a mi representada para la época de la afiliación del actor es en primer lugar la Ley 100 de 1993, también nos podemos encontrar con el Decreto 663 de 1993, el Decreto 3466 de 1982 y el Decreto 656 de 1994, si bien todas estas normatividades sí imponían a las administradoras de fondos de pensiones una obligación de brindar información a los futuros afiliados, mi representada cumplió con esas obligaciones en los términos en los que esas normas lo requerían para la época de la afiliación del actor, esto es, para el año 2002, no obstante, los requerimientos que han sido manifestados por la señora Juez en las consideraciones de su sentencia hacen alusión a una normatividad y a un desarrollo jurisprudencial que solamente se viene dando a partir del 2008, fecha claramente posterior a la afiliación del actor con mi representada, lo que obliga a Porvenir a cumplir lo imposible y haber brindado una información que en ese momento no existía y además teniendo en cuenta que la suscripción del formulario de afiliación se dio con el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera y, en ese orden de ideas entonces se entiende que su afiliación no solamente fue válida sino que cumplió con toda la información necesaria para que el actor tuviera un panorama claro acerca de las implicaciones, consecuencias y beneficios de afiliarse al régimen de ahorro individual e incluso de permanecer afiliado al régimen de ahorro individual si tenemos en cuenta que Porvenir no fue la entidad que realizó el traslado de régimen. Ahora, el despacho no ha dado prosperidad a la prescripción solicitada por esta defensa, no obstante, no hay motivo para que no se de aplicación a lo establecido en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo porque aquí lo que está en cuestión es el acto de afiliación que el actor realizó con mi representada, ese acto de afiliación si es susceptible de prescripción, aquí no está en cuestión el derecho pensional del actor quien previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la normatividad legal puede acceder a su mesada pensional en el régimen de ahorro individual, eso no se está desconociendo en ningún momento. El acto como lo acabo de mencionar, el acto de afiliación si es susceptible de prescripción y entender lo contrario pues claramente implicaría que se esté desconociendo el principio de seguridad jurídica que le asiste a la entidad a la que represento en esta diligencia. En ese orden de ideas, dejo entonces sustentado mi recurso de apelación y solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, que revoquen la sentencia proferida por este despacho en su numeral tercero y que se absuelva a Porvenir de la condena que ha sido impuesta, muchas gracias”.

En el recurso de COLPENSIONES su apoderado pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Manifestó desacuerdo con la valoración probatoria que se hizo en primera instancia, pues la única exigencia normativa para la época en la que operó el traslado de régimen era la suscripción del formulario de afiliación, por lo que requerir documentación adicional o el testimonio del asesor comercial que brindó la información resulta una carga imposible de acreditar, máxime si se tiene en cuenta que en el caso bajo estudio la AFP con la que operó el traslado de régimen, COLFONDOS S.A., se allanó a las pretensiones de la demanda y ello pone a la AFP PORVENIR y a COLPENSIONES en una situación de indefensión probatoria. Adicionalmente considera incorrecta la valoración del interrogatorio de parte rendido por el demandante, pues este no puede constituir su propia prueba sobre la presunta falta de asesoría y se remitió a una decisión reciente de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual se indicó que se debe entender el cumplimiento del deber de información y buen consejo si se logra evidenciar que no se presentaron vicios en el consentimiento que prestó el afiliado para el momento del traslado de régimen (CD 3, audiencia virtual, hora 1, minuto 21:48)².

² “Gracias señoría, interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho para que lo resuelva la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá teniendo en cuenta lo siguiente. En primer lugar, respetuosamente este apoderado no comparte los argumentos de la Juez de instancia en cuanto a que considera que no se aportaron medios de convicción de los cuales se pueda deducir efectivamente el cumplimiento de las obligaciones legales por parte de las administradoras de pensiones demandadas, indica la señora Juez que del interrogatorio de parte del demandante no se pudo obtener la confesión y que no se aportó ningún otro medio probatorio para acreditar las obligaciones por parte de los fondos demandados, considera este apoderado en primer lugar, que pretender que en este tipo de procesos las administradoras de pensiones demandadas alleguen medios de convicción así no sean eminentemente documentales como indica la señora Juez, resulta una carga probatoria y procesal imposible de acreditar en la medida en que como lo manifesté en los alegatos, para el momento en que el demandante efectuó traslado de régimen pensional la única obligación por parte de los fondos era poner de presente el respectivo formulario de vinculación, suscrito el respectivo formulario y hecha la validación por parte del fondo de pensiones al cual se iba a vincular el afiliado y la validación por parte del Instituto de Seguros Sociales quedaba con plenos efectos el acto de traslado, no pudiendo pretender que en este tipo de proceso los fondos además de no tener ningún soporte documental de la asesoría alleguen pruebas testimoniales como por ejemplo la declaración del asesor de la época porque en este caso el demandante se trasladó de régimen hace más de veinticinco años, de forma que ni siquiera se cuenta con esa posibilidad, más aún cuando en este caso la AFP que realiza el primer traslado presenta un allanamiento a las pretensiones de la demanda lo que claramente pone a Colpensiones y en este caso a Porvenir en una indefensión probatoria en la medida en que Colpensiones es simplemente un tercero al acto de traslado de régimen pensional, en ese sentido, considera este apoderado que si se cumplió el requisito vigente para la época, que era suscribir el respectivo formulario, debe tenerse por válido y con plenos

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

efectos el acto de traslado de régimen pensional. Por otra parte señoría, considera este apoderado que no se hizo una valoración adecuada del interrogatorio de parte del demandante, si bien es cierto, a juicio del despacho no se obtuvo la confesión pues indica la señora Juez que el interrogatorio de parte el demandante si se puede evidenciar que no hubo asesoría, que no se le dio ningún tipo de información por parte del asesor de la AFP Colfondos, considera este apoderado que dicha conclusión no es acertada en la medida en que si a juicio del despacho no se obtuvo la confesión, el interrogatorio de parte el demandante no debió haberse valorado en la medida en que nadie puede darse su propia prueba de forma que las manifestaciones que sobre la presunta falta de asesoría y de información en el acto de traslado que pone de presente el demandante no debe ser un hecho valorado por el despacho ni tenido en cuenta para efectos de tomar la decisión correspondiente. Por otra parte señoría, en una reciente providencia del Tribunal Superior de Bogotá, si bien es cierto no tiene efecto vinculante por no ser el órgano de cierre, en una providencia reciente se indicó que, si en gracia de discusión no existiese ningún tipo de prueba con relación al cumplimiento del deber de información y de buen consejo por parte de la administradora de pensiones, esta es una conclusión a la que debe llegar el despacho siempre y cuando se logre evidenciar que se obtuvo el consentimiento del afiliado con base en errores, en engaños, o en actos que realmente puedan determinar que no hubo un consentimiento exento de vicios por parte del afiliado, en este caso señoría no se evidencia tal situación porque en el interrogatorio de parte el demandante confiesa que suscribió el respectivo formulario de vinculación tanto a Colfondos como a Porvenir de forma libre y voluntaria y, claramente no se evidencia tampoco la presencia o la existencia de ningún vicio de consentimiento como hubiese podido ser el error, la fuerza, el dolo, lo que si se evidencia señoría es que el demandante de forma libre y voluntaria efectuó el traslado de régimen pensional y posteriormente en el año 2002 efectuó un traslado entre la AFP con destino a la AFP Porvenir cuando incluso señoría cuando el demandante se trasladó a la AFP Porvenir en el año 2002, él incluso estaba dentro del límite temporal para efectuar traslado de régimen a Colpensiones o al Instituto de Seguros Sociales toda vez que como lo manifestó el apoderado de la parte demandante, para esa época ni siquiera se había promulgado la Ley 707 del 2003 y claramente no existía la prohibición legal de traslados de acuerdo al límite temporal que establece el artículo segundo de dicha ley. Finalmente señoría, considera este apoderado que como lo manifiestan los Magistrados que aclaran voto en la sentencia SL 1452 debe verificarse en cada caso concreto si realmente el acto de traslado de régimen pensional le causó un perjuicio claro, cierto y determinado al afiliado como hubiese podido ser la pérdida del régimen de transición, en este caso está totalmente claro que el demandante no tiene régimen de transición ni por edad ni por tiempo de servicios de forma que el acto de traslado no le causó ningún perjuicio ni la pérdida de ningún beneficio transicional y, la única inconformidad que tiene el demandante con su permanencia en el RAIS se centra básicamente en la inconformidad con el monto de la mesada pensional que va a recibir como afiliado de este régimen pensional en comparación con la que podría haber recibido de haber permanecido afiliado en el régimen de prima media, situación señoría y señores Magistrados que además de no estar establecida en los precedentes de la Corte como causal de anulación o ineficacia del traslado de régimen pensional, en forma alguna es una situación que se le pueda imputar o atribuir a las administradoras de pensiones de uno u otro régimen pensional. En este sentido señoría, dejo sustentado mi recurso de apelación reiterando mi petición a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revocar íntegramente el fallo proferido por este despacho y en su lugar absolver a Colpensiones de las condenas impuestas, gracias”.

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 506.57 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 9 años, 6 meses y 6 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad de pensión (tenía 62 años de edad – ver folios 10 y 67).

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

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

³ Ver las historias laborales de COLPENSIONES obrante en el expediente administrativo – CD 2.

⁴ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A. no demostró haberle brindado información suficiente *que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión* en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. No se obtiene dicha prueba del interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues allí no confiesa que se le haya brindado información, en los términos establecidos por la Corte, contrario a ello, indicó que los asesores del fondo se presentaron en su lugar de trabajo y le indicaron que el ISS estaba en la *“ruina”*, que debía sacar rápido la plata de dicha administradora porque la iba a perder, y que en el RAIS obtendría una mejor pensión (CD 3, audiencia virtual, minuto 15:33).

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la permanencia del actor en el RAIS, o posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó el 4 de mayo de 1994 COLFONDOS S.A. y posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR el 20 de agosto de 2002, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliado – ver folios 11, 12 y 118).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos

pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, porque así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para las Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). No obstante, frente a la alusión que hace la parte resolutive de la sentencia de primera instancia sobre devolución con *“los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil”*, se debe precisar que se refiere a los rendimientos financieros que *se encuentren* en la cuenta de ahorro individual del demandante en el momento de la devolución, y que tratándose de la devolución de los gastos de administración estos se deben trasladar debidamente indexados; así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en las sentencias indicadas (ver SL 1688 de 2019).

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

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ HERNÁN FLÓREZ PACHÓN CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Bogotá D. C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 4 de septiembre de 2020 por la Juez Decima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ HERNAN FLOREZ PACHON presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 3 de marzo de 1995. Señala que el asesor de COLFONDOS S.A. omitió brindarle información comprensible al momento de su traslado, sobre la modalidad de pensión, el trámite pertinente cuando no se obtenía el monto suficiente para la pensión, y no le indicó las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento en al RAIS. Afirma que el fondo sólo ofreció beneficios y ventajas, pero no le informó los aspectos negativos. Como consecuencia de lo anterior, pide que se condene a la AFP

COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del actor, entre ellos los rendimientos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses, y que se ordene a COLPENSIONES recibirlos y activar la afiliación en el RMP, que se condene por los conceptos que se encuentren probados extra y ultra petita, y por las costas del proceso (ver demanda y subsanación en folios 66 a 74 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Afirma que el actor está válidamente afiliado a COLFONDOS y que no ocurrieron vicios del consentimiento en el traslado, sin embargo, indica que se acoge a lo que ordene el Juez competente. Señala que la afiliación realizada en el año 1995 se efectuó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en la ley 100 de 1993. Propuso como excepciones las denominadas: *prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.* (ver contestación en folios 79 a 84 del plenario).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. también contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que al demandante se le brindó asesoría integral, clara, completa, comprensible, veraz y profesional, sobre todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, explicándole las características propias del RAIS y del RPM, y las ventajas y desventajas. Afirma que el demandante suscribió el documento de vinculación de forma libre, espontánea y sin presiones, y que se encuentra en la causal limitante del traslado del art. 2 literal e Ley 797 de 2003, pues le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, inexistencia de perjuicios y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 111 a 130).

Terminó la primera instancia con sentencia del 4 de septiembre de 2020, mediante la cual la Juez Décima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación y traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la vinculación del demandante, la afiliación del señor demandante JOSÉ HERNÁN FLÓREZ PACHÓN a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS realizada en la fecha de afiliación el 3 de marzo del año 1995 y por ende se declara ineficaz el traslado de régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y por ende se ordena el regreso automático sin solución de continuidad a su afiliación al régimen de prima media hoy administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en precedencia en esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JOSÉ HERNÁN FLÓREZ PACHÓN como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sus frutos e intereses y deberá realizar la devolución de los gastos de cuotas de administración con los intereses correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES las obligaciones debidamente indexadas, correspondan a lo ordenado en esta sentencia y de conformidad a lo señalado en la parte considerativa. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante JOSÉ HERNÁN FLÓREZ PACHÓN provenientes de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS que incluyan las sumas indicadas en esta sentencia, incluyendo la devolución*

de cuotas y gastos de administración provenientes del ... indexado y que deberá realizar esta demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS en el término máximo de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, deberá proceder COLPENSIONES a garantizar que la devolución se haya realizado en los términos señalados en los términos señalados en la sentencia y así mismo deberá de manera inmediata proceder a computar en la historia laboral para efectos pensionales del demandante las cotizaciones realizadas por su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las demandadas con respecto a la parte considerativa. SEXTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a favor del señor demandante, debe practicarse la liquidación de costas por la secretaría del despacho e incluirse como agencias en derecho la suma de \$800.000. SÉPTIMO: de no ser apelada la presente providencia deberá SURTIRSE el grado jurisdiccional de CONSULTA de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social por las condenas impuestas a COLPENSIONES.” (CD 2 MIN 49:48)

Para tomar su decisión, la Juez advirtió que la AFP COLFONDOS no demostró haber brindado información al demandante sobre las ventajas y desventajas del cambio de Régimen, y el formulario de afiliación y traslado no es prueba suficiente del consentimiento informado.

Por no haberse apelado dicha sentencia, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, a favor de COLPENSIONES, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 32 años de edad y había cotizado 261,71¹ semanas, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (4 años, 10 meses y 1 día), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

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

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

¹ Ver cédula de ciudadanía fl 29 e historia laboral actualizada de COLPENSIONES en Cd 1 que contiene expediente administrativo a folio 89.

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

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

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

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

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

canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró ineficaz el traslado de régimen del demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A no probó haberle brindado toda la información pertinente sobre ventajas y desventajas de su decisión en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 3 de marzo de 1995 AFP a la que se encuentra actualmente afiliado, ver formulario inicial de afiliación e historia laboral, folios 39 a 44 y 137).

Igualmente se confirmará la decisión de primera instancia que ordenó la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en la AFP, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa Corporación, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen*

de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”
(SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para declarar que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

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

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 7 de octubre de 2020 por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NOHORA CASTRO GARCÍA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS el 17 de junio de 1997, con fundamento en que el fondo privado incumplió su deber de buen consejo y no le proporcionó información completa y comprensible sobre los riesgos y desventajas de vincularse al RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare que está afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad, y se trasladen a dicha entidad los aportes que cotizó durante su vinculación al RAIS (ver demanda en las folios 1 a 17 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que la demandante de manera voluntaria decidió renunciar a los beneficios del régimen de prima media cuando se traslado de régimen pensional. Advirtió que su actuación es de buena fe y que permitir la afiliación de la actora en el RPM sin solución de continuidad descapitalizaría la entidad y se perjudicarían los derechos de sus afiliados. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 59 a 64 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado se efectuó cumpliendo los requisitos legales y sin la existencia de vicios en el consentimiento que invaliden la afiliación, por el contrario, del formulario de afiliación se observa que a la demandante sí se le suministró información suficiente y necesaria para tomar su decisión. Advirtió que el fondo le ofreció la posibilidad de pedir simulaciones durante toda la construcción de su derecho pensional, derecho que depende de la planeación y el ahorro de la afiliada y de las fluctuaciones del mercado. Propuso como excepciones: *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 la innominada o genérica (ver contestación en folios 91 a 97, y subsanación a folios 145 a 151 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de octubre de 2020, mediante la cual el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“EN PRIMER LUGAR: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y cotización de la demandante NOHORA CASTRO GARCÍA en su momento con HORIZONTE de acuerdo al formulario del 17 de junio del año de 1997 que se celebró en su momento con HORIZONTE hoy PORVENIR. EN SEGUNDO LUGAR: CONDENAR a PORVENIR a la devolución de saldos, aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante NOHORA CASTRO GARCÍA con destino a COLPENSIONES. EN TERCER LUGAR: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la señora NOHORA CASTRO GARCÍA y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales, rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular. EN CUARTO LUGAR: ABSOLVER a las demandadas de las demás súplicas de la demanda. EN QUINTO LUGAR: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por PORVENIR y por COLPENSIONES. EN SEXTO LUGAR: SIN CONDENAS EN COSTAS en la instancia. EN SÉPTIMO LUGAR: en caso de no ser apelada el presente fallo SÚRTASE el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá”* (CD 2, audiencia virtual parte 3, minuto 16:41).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo que se debe atender a las circunstancias particulares de cada caso, y concluyó que la AFP no demostró que haya brindado información clara y suficiente sobre las

consecuencias del traslado y afiliación al RAIS, para que se pudiera entender que la decisión de traslado se hizo bajo los lineamientos de la libertad informada.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de PORVENIR pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se le absuelva de todas las pretensiones incoadas. Afirma que para el momento en el que operó el traslado de régimen la demandante no estaba en una situación que permitiera advertir que el traslado iba a ser perjudicial, dado que no era beneficiaria del régimen de transición, y advirtió que las normas vigentes para la época no exigían que en el formulario de afiliación se consignara la información que se le suministraba de manera verbal a los potenciales afiliados, sino únicamente la manifestación de voluntad. Además, estima que la demandante en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso reconoció que el fondo privado le brindó información suficiente respecto de la forma como podría obtener una mesada superior y sobre cómo acceder a la prestación de manera anticipada (CD 2, audiencia virtual parte 3, minuto 18:20)¹.

¹ “Gracias su señoría, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho teniendo en cuenta los siguientes argumentos, si bien para adoptar la decisión respecto a declarar la ineficacia respecto del traslado de régimen efectuado por la parte demandante en su momento con Horizonte asumido hoy por Porvenir en el año 1997, se evidencia propiamente que el despacho adopta la línea jurisprudencial en sede de casación emitida por la Corte Suprema de Justicia y respecto también a las diferentes aclaraciones de voto que la misma Sala ha determinado para concluir que respecto al caso en particular deben tenerse o valorarse los supuestos fácticos y los medios probatorios respecto al análisis de llegar a adoptar la decisión. Respecto al análisis en ese sentido realizado por el fallador de primera instancia se consideró por el mismo, que el formulario de afiliación no soporta o no contiene claramente el deber de información que en su momento ha manifestado la Corte para la etapa en que se generó el traslado de régimen, esto es, haberle indicado propiamente o haber quedado allí en ese sentido las consecuencias o el impacto o propiamente las características propias respecto y las consecuencias propias del traslado de régimen entre uno y otro, bajo ese supuesto, claramente se evidenció que para el caso en concreto la demandante al generar el traslado de régimen no contaba con una situación que pudiera llegar a determinar que su traslado de régimen le iba a ser perjudicial ya que en cierta medida no estaba renunciando al régimen de transición puesto no es beneficiaria del mismo y conforme a los criterios que la misma Ley 100 de 1993 entró, estaba en la total libertad de trasladarse de régimen pensional tal como así lo convalidó al suscribir el formulario de afiliación, si bien la Corte Suprema ha considerado que esa primera etapa se conviene a generarle o indicarle al afiliado este tipo de características, véase que ningún aspecto se está indicando o se está centrando como tarifa legal que el formulario de afiliación deba contener esa información, el formulario de afiliación simplemente lo que manifiesta y conforme a los criterios que incluso los mismo decretos reglamentarios sentaron como el 692 de 1994 en su

En el recuso de COLPENSIONES su apoderado pide que se revoque la sentencia de primera instancia, y de forma subsidiaria que se ordene la devolución de los gastos de administración descontados por PORVENIR S.A. durante la vinculación de la demandante. Afirma que el traslado operó en nejerercicio del derecho a la libre escogencia del régimen pensional, y que la actora no puede retornar al RPM pues se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 dado que le faltan 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, y no cumple con el requisito de 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994, de conformidad con la sentencia de la Corte Constitucional SU-062 de 2010. Además, advierte que como consecuencia de la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia (SL 17595 de 2017 y SL 4989 de 2018) concluyó que no tenía sustentio ni validez el descuento de gastos de administración (CD 2, audiencia virtual parte 3, minuto 23:57)².

artículo 11, es contener la voluntad por escrito del afiliado de trasladarse o vincularse a la administradora de pensiones, conteniendo pues los requisitos o los datos personales, laborales, etc., que se constataban para realizar o hacer válido ese traslado de régimen. Propiamente la información o la asesoría o ese deber de información a mi representada bajo los supuestos de la libertad probatoria frente a acreditar que se haya dejado por escrito propiamente algo que no está dentro de sus facultades evidentemente porque la asesoría se realizaba de manera verbal, sin embargo, algo no se tuvo en cuenta al momento de adoptar la decisión y es claramente que mi representada en esta oportunidad probó que la demandante se le dio una información suficiente respecto a cómo podía obtener un monto y una mesada pensional superior respecto al régimen de ahorro individual conforme al régimen de prima media, cuando dentro del interrogatorio de parte se le manifestó si le habían hablado respecto a realizar o la posibilidad de realizar aportes voluntarios, la misma indicó que sí, que el asesor había hecho esa mención y que claramente eso iba a influenciar y entendió que iba a influenciar para obtener una pensión anticipada u obtener una mesada pensional mucho más alta, en este sentido respecto a lo que queja dentro de las motivaciones que conllevar a determinar el cumplimiento de ese deber de información frente a la diferencia de la mesada pensional, mi representada sí cumplió respecto a otorgarle a la demandante ese deber de información lo cual quedó plenamente probado respecto a libertad probatoria respecto a la consideración del consentimiento informado al momento de realizar el traslado de régimen pensional. Bajo esos supuestos no se comparte obviamente la decisión emitida por el fallador de primera instancia y solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá revoque la decisión emitida por el despacho y en su lugar, se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas que fueron impuestas, gracias”.

² “Su señoría en este estado de la diligencia como apoderado sustituto de Colpensiones me permito presentar recurso de apelación contra el fallo que se acaba de proferir por los siguientes motivos, en primer lugar, a pesar de que se hizo el traslado bajo el derecho de la libre escogencia el Juzgado está desconociendo la prohibición que existe en el artículo 13 de la Ley 100 modificado por el artículo segundo de la Ley 797 cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad de pensión pues el usuario no podrá trasladarse entre regímenes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

no obstante lo anterior, también el Juzgado se aleja del precedente jurisprudencial de la sentencia de unificación SU 062 del 2010 ya que la aquí demandante al primero de abril de 1994 no tenía cotizados 750 semanas o 15 años de servicios, pues conforme a la historia laboral solo contaba con dicha data con menos de las 750, por lo que igualmente no cumple con dicho requisito. Adicional a ello, el despacho no ordena la devolución de los gastos cobrados por administración alejándose de lo contenido en las sentencias SL del 8 de septiembre del 2008 radicado 31989, SL 17595 de 2017, SL 4989 del 2018 en donde teniendo en cuenta que es la titular por ende al declara la nulidad o la ineficacia como con este caso, quiere decir que nunca existió dicha afiliación, por ende no es válido todo lo generado y descontado por gastos de administración, en este orden de ideas solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que estudie esta apelación y así revoque el fallo aquí proferido para que absuelva de todos los cargos de mi representada, muchas gracias”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 710,43 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 3 meses y 10 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 55 años – ver folios 21 y 50 del plenario).

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

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

³ Ver historia laboral obrante en el expediente administrativo- CD 1.

⁴ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”;

(iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR (dada la fusión por absorción de la AFP HORIZONTE) no demostró haberle brindado toda la información relevante y suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. No se deduce ello por confesión en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso, pues allí no recoció que los asesores comerciales de HORIZONTE le huberan brindado información

suficiente en los términos establecidos por la Corte, pues solo manifestó que le dijeron que el ISS se iba a acabar e iba a perder las cotizaciones que tenía hasta entonces, y que las ventajas de afiliarse al fondo privado consistían en que el fondo haría el trámite del bono pensional, y que tendría una mesada pensional más alta y podría pensionarse con menos edad, para lo cual tenía la posibilidad de efectuar abonos voluntarios o extraordinarios (CD 2, audiencia virtual, parte 2).

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

Conociendo en apelación y consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión apelada para ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en el RAIS, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de NOHORA CASTRO GARCÍA en el RAIS, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; y para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

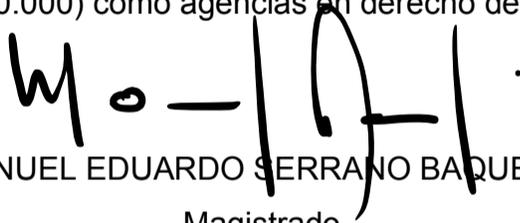

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 12 2018 00138 01

Nohora Castro García Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otra

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ALBA YADIRA DELGADO GONZÁLEZ
(compañera permanente) CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y MARIA
TERESA CASTILLO DE JIMÉNEZ (cónyuge supérstite)**

Bogotá D. C., treinta (30) días de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2020 por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se NEGÓ la redistribución de la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de ALBA YADIRA DELGADO GONZÁLEZ y MARIA TERESA CASTILLO DE JIMÉNEZ, en calidad compañera permanente y cónyuge supérstite respectivamente, del causante RUBEN DARÍO JIMÉNEZ BRAVO.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ALBA YADIRA DELGADO GONZÁLEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y MARIA TERESA CASTILLO DE JIMÉNEZ, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se aumente la cuota de pensión de sobrevivientes reconocida a su favor como consecuencia del fallecimiento de su compañero permanente RUBEN DARÍO JIMÉNEZ BRAVO. Como fundamento de sus pretensiones afirma que el fondo

PORVENIR SA sustituyó la pensión de vejez causada por RUBEN DARÍO JIMÉNEZ BRAVO, así: (i) en proporción del 50% a favor de su hijo menor, (ii) el 18,50% a su favor, en calidad de compañera permanente, y (iii) el 31,50% a favor de MARIA TERESA CASTILLO DE JIMÉNEZ, en calidad de cónyuge separada de hecho del causante con sociedad conyugal vigente; y que tiene derecho al reconocimiento de la pensión en proporción del 24.66% de la mesada pensional, pues el tiempo de convivencia entre ella y el causante es superior al que tomó el fondo privado para definir la cuota o proporción que le correspondía a cada una de las beneficiarias, pues se presentó convivencia simultánea con el causante a partir del año 1992 y convivencia exclusiva a partir del año 1997. Explicó que fue mal asesorada por los asesores de PORVENIR, quienes le informaron que debía indicar el momento a partir del cual la convivencia había sido exclusiva, y por ello, sus declaraciones dan cuenta de 15 años de convivencia cuando en la realidad fueron 21 años. Pide que se le pague la pensión de sobrevivientes en proporción del 24.66% a partir del 7 de septiembre de 2016, y en proporción del 49.32% a partir del momento en el que se extinga el derecho de su hijo, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (ve demanda en folios 1 a 6 del expediente).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y MARIA TERESA CASTILLO DE JIMÉNEZ contestaron la demanda mediante curador *ad-litem*, quien se atuvo a lo que se pruebe en el curso del proceso en cuanto a tiempos de convivencia, y se opuso a la condena de intereses moratorios y costas (folios 90 a 93 del expediente).

PORVENIR S.A. compareció al proceso mediante apoderada a partir de la primera audiencia (celebrada el 7 de julio de 2020 – CD 1, audios 1 y 2) y aportó la carpeta pensional de la demandante, y en la audiencia celebrada el 14 de septiembre del año en curso el juez dejó constancia de que se comunicó al abonado telefónico de la demandada MARIA TERESA CASTILLO DE JIMÉNEZ para informarle sobre el proceso y las audiencias virtuales que se

estaban adelantando, no obstante la demandada no manifestó interés en concurrir a las diligencias programadas.

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de septiembre de 2020, a través de la cual el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la redistribución de la pensión de sobrevivientes. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a PORVENIR y a la señora MARÍA TERESA CASTILLO DE JIMÉNEZ de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas por la señora ALBA YADIRA DELGADO GONZÁLEZ con base en lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación relevándose el despacho de cualquier otro tipo de estudio exceptivo adicional. TERCERO: sin condena en costas en la instancia. CUARTO: en caso de no ser apelado el presente fallo sùrtase el grado jurisdiccional de consulta para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá”* (CD 1, audio No 4, minuto 26:25).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que no había lugar a modificar los tiempos de convivencia y porcentajes de la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de la demandante, pues: (i) la propia demandante en declaración extrajuicio y en la solicitud pensional manifestó que la convivencia entre ella y el causante tuvo lugar entre el año 2001 y el óbito, es decir, durante 15 años; (ii) se presentó contradicción entre las declaraciones que rindieron AMPARO Y GUSTAVO SILVA CABALLERO en el proceso, y las declaraciones extrajuicio que rindieron ante Notario, pues en las primeras indicaron conocer a la pareja desde los años 1994 y 1997, pero en las declaraciones extraproceso refieren convivencia entre ellos desde el año 2001 hasta el fallecimiento; (iii) también se presentaron contradicciones en los testimonios rendidos entre la hermana y el hijo de una relación anterior de la demandante, en relación con el papá del primer hijo de la demandante, pues mientras la primera indicó que era una buena persona pero que la relación no había funcionado, el segundo manifestó sentimientos adversos frente a su padre biológico; y (iv) en el formulario de afiliación que suscribió el fallecido en

la AFP COLPATRIA en el año 1998, reportó dentro de sus beneficiarios a quien fue su cónyuge, MARIA TERESA CASTILLO DE JIMÉNEZ, pero no a la aquí demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la demandante pide que se revoque la sentencia proferida y se redistribuya en favor de la demandante la mesada pensional. Afirma que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta la declaración que rindió el propio causante en el año 2012, en la cual indicó que la convivencia con la demandante había iniciado en el año 1992, y considera que los testigos no incurrieron en ningún tipo de contradicción y no se les puede restar credibilidad por la percepción que tienen del papá biológico. Considera que que las pruebas sí dan cuenta de convivencia entre la demandante y el causante a partir del año 1992, o por lo menos, a partir del año 1997, lo que le daría un mejor derecho, pues estas fechas difieren de la tomada por el fondo privado a partir del año 2001 (CD 1, audiencia virtual No 4, minuto 27:48)¹.

¹ *"Bueno en este punto interpongo recurso de apelación y pasó a sustentarlo por los siguientes motivos: el primero es porque no se le dio valor probatorio o no se hizo ninguna mención acerca de la misma declaración del causante que hizo en el año 2012, en el que informó que es del año de 1992 había una convivencia con la señora Alba Yadira, este debe ser un documento que se debe tener en cuenta por parte del tribunal a la hora de determinar cuál fue el extremo inicial de la relación de convivencia con la señora Alba Yadira y respecto del cual el juez no hizo análisis. Lo segundo es el tema de los testimonios, en cuanto a los testimonios, desde mi punto de vista, no entra en contradicción o no le quitan ningún tipo de credibilidad, vamos a tomarlo también por grupos como lo hizo el juzgado en cuanto al tercero de los grupos que fue el de Lida y Cristian y que hacen parte del núcleo familiar del causante y de la demandante, no hay motivo por el cual se le reste credibilidad a Cristian y a Lida por el hecho de que tenga una percepción diferente del padre Cristian, que recordemos no es el causante, porque pueden ser percepciones diferentes, no es lo mismo la percepción de la hermana de la accionante que no conoce o no tiene porqué conocer cuáles son las características sobre el papá de su sobrino, no es lo mismo el conocimiento que tiene el mismo dijo el señor Cristian, entonces el hecho de encontrar una contradicción acerca de que pasó con el papá de Cristian, pues no le quita ninguna credibilidad porque cada uno de ellos tiene una percepción diferente, de manera que si deben ser tenidos en cuenta estos testimonios y ¿que dijeron estos testimonios? en el caso de Cristian pues desde que él recuerda que era pequeño desde que él nació él ya tiene presente o ya tiene dentro de su psiquis el tema de que el causante en este proceso pues ya era su papá, es decir ya había una convivencia con Alba Yadira desde el año de 1992, desde que era muy pequeño, y Lida obviamente después ya dijo que se enteró de que el señor era casado, pero eso lo contradice en ninguna forma el hecho de la declaración y de la convivencia desde 1992 y aunque ella misma dijo que en el año 1997 ya había una convivencia, cuando tuvimos que explicarle o tuvimos que preguntarle sobre cómo fue este tipo de convivencia porque ella es su declaración lo que dijo fue que en 1997 se formalizó, y es que convivencia es un aspecto jurídico que para las personas del común de las personas que no son abogadas y muchas veces incluso abogados no son especialistas en este tema, la convivencia desde el punto de vista jurídico no es lo mismo que ellos tienen en el común, el saber colectivo normalmente dice que formalizarse es ya irse a vivir definitivamente y de pronto casarse etcétera, pero cuando se le preguntó acerca de a qué se refería formalizar, dijo fue ya irse a vivir definitivamente, es decir de forma exclusiva, no indicó que es del año de 1992 1992 hubiera una convivencia simultánea y que por eso no se tenía que entender que fuera una*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que RUBEN DARÍO JIMÉNEZ BRAVO falleció el 7 de septiembre de 2016 (según se observa en el registro civil de defunción

convivencia. Entonces eso en cuanto a Cristian y Lida, que si son de todas formas coherentes acerca de la convivencia desde 1992 en los términos en que lo acabo de explicar. Ahora el tema de la testigo Dayana que le resta credibilidad el despacho porque dijo que desde que tenía uso de razón o desde que tenía 12 años, sin explicar el juzgado porque eso era una contradicción, precisamente se puede entender que el uso de razón es desde los 12 años, eso es una conclusión que es perfectamente válida o una respuesta perfectamente válida y ella habló de porque le constaba la convivencia pues ella explicó que efectivamente el causante para ella ya era el tío para esos años, es decir desde los años 92 a 97 ya se entendía que había una convivencia porque ella se iba a veces a quedar incluso donde ellos. Acerca de los testimonios de los hermanos Silva caballero, Amparo y Gustavo, pues precisamente se trajo al proceso para que dieran cuenta y explicarían acerca de las declaraciones extra proceso que habían dado y precisamente dieron información diferente a las declaraciones extraproceso pues que tendrían que tenerse en cuenta en este proceso sin que se entienda entonces que por el hecho de haberse hecho una declaración extrajuicio tendrían que ser precisamente la declaración en este proceso exactamente igual a la declaración extraproceso, cuando lo que se buscaba era justamente que explicarían cuál era su percepción de los hechos y precisamente los dos dijeron, aunque no es de 92 sí para el año 1997 ya daban cuenta de la convivencia del señor causante y la señora demandante Alba Yadira. Entonces se tendría que tener en cuenta si no se tiene por lo menos desde 1992, se tendría que tener en cuenta por lo menos desde 1997 la convivencia, es decir aquí ya encontramos una diferencia con los reconocido por Porvenir, que fue desde el año 2001, desde el 1° de junio de 2001 a pesar de que en el proceso está aprobado con las declaraciones que fue por lo menos desde 1997 de forma exclusiva. Ya cómo se sustenta, también fue simultánea desde 1992. Ahora las pruebas que está teniendo el despacho para restarle credibilidad al dicho de nosotros como demandantes es el tema de los formularios de afiliación en los que no aparece Alba Yadira, pero también hay que tener en cuenta que no había disuelto para esa época y finalmente nunca disolvió su matrimonio, nunca disolvió un divorcio, nunca hubo una disolución de la relación conyugal que él tenía y por eso no aparecía Alba Yadira y tampoco apareció el hijo es que si apareciera el hijo por lo menos en este formulario se le podría dar algún tipo de credibilidad a este formulario pero como no aparece el menor de sus hijos, pues entonces no tendría porque tenerse como digamos verídico en la medida en que perfectamente el afiliado puede considerar que su esposa la que legalmente tiene derecho a la pensión de sobrevivientes o a la sustitución de la pensión. Entonces estos formularios del 10 de julio y del 10 de septiembre del año 98 pues no le quitan credibilidad a nuestro dicho por el hecho de que no aparezca Alba Yadira porque el tema de los beneficiarios es un concepto jurídico, es un concepto que le corresponde determinar a los hechos y que precisamente le corresponde determinar al juez y no por el hecho de que no salga Alba Yadira no quiere decir que ella no sea beneficiaria; repito, prueba de ello es que ni siquiera aparecía el menor de los hijos Rubén. Entonces si está aprobado desde nuestro punto de vista la convivencia simultánea entre 92 y en 97 y a partir del 97 una convivencia exclusiva Alba Yadira, esos dos hechos ya le dan un mejor derecho a la señora Alba Yadira, porque recordemos que Porvenir reconoció desde el primero de junio del 2001, entonces si no se da por probado que hubo una convivencia simultánea entre 92 y el 97, si no se da eso por probado y se da por probado que desde el 97 si hay una convivencia exclusiva, eso ya le da un mejor derecho a la señora Alba Yadira, en la medida en que la proporción dada por Porvenir fue tenida en cuenta a partir del primero de junio del 2001. Entonces, por esas dos circunstancias o por esa circunstancia digamos de una forma subsidiaria y conforme a lo que se probó en este proceso, ya le da un mejor derecho de redistribución a la señora Alba Yadira. Entonces, apelo para que se condene de forma principal a que se tenga en cuenta el tiempo de convivencia del 92 y que si no se tiene en cuenta desde 92 se tenga en cuenta desde 97 que eso ya le da un mejor derecho a la demandante; y que se redistribuya entonces la pensión la sustitución de la pensión. También apeló por los intereses moratorios como lo dije en mis alegatos de conclusión antes de la sentencia porque se obedeció a una mala asesoría por parte de porvenir y uno de los documentos que allí aparecen a mano escrito por la señora demandante que fue la misma Porvenir la que le solicitó que fueran los certificados diciendo, digamos el contenido de los certificados, diciendo que fueron 15 años de convivencia y que además hay documentos en los que la señora Alba Yadira solicita la redistribución de la mesada, indicando cuáles son los verdaderos extremos de la convivencia con el causante y Porvenir pues no le dio atención a ello y redistribuyo de manera equivocada de acuerdo a lo probado la mesada de sustitución. Sobre esos aspectos entonces dejó elevado y sustentado el recurso de apelación Señor Juez, para que lo tenga en cuenta el tribunal. Gracias”.

– ver folio 14 del expediente), y para ese momento recibía pensión de vejez reconocida por la AFP PORVENIR S.A. bajo la modalidad de retiro programado (según la “*Relación Histórica de Pagos para Pensionados*” obrante en la carpeta pensional aportada por el fondo privado, el causante venía percibiendo la mesada pensional desde diciembre del año 2008). El valor de la mesada para la fecha de su muerte ascendía a \$3.215.150 mensuales. PORVENIR S.A. reconoció la calidad de beneficiarios a MARIA TERESA CASTILLO JIMÉNEZ (cónyuge supérstite), ALBA YADIRA DELGADO GONZÁLEZ (compañera permanente) y RUBEN DARÍO JIMÉNEZ DELGADO (hijo estudiante menor de 25 años), y otorgó la prestación en las siguientes proporciones: **(i)** a MARIA TERESA CASTILLO DE JIMÉNEZ en calidad de cónyuge separada de hecho con sociedad conyugal vigente, en proporción del 31.50%, **(ii)** a ALBA YADIRA DELGADO GONZÁLEZ en calidad de compañera permanente, en proporción del 18.50%, y **(iii)** a RUBEN DARÍO JIMÉNEZ DELGADO en calidad de hijo estudiante menor de 25 años, en proporción del 50% (ver comunicaciones del 27 de julio y 26 de octubre de 2017, obrantes a folios 28, 29 y 32 a 37).

Para resolver la apelación, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, a la cónyuge o a la compañera permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco años antes del óbito. En la situación referida, el inciso 3, literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, dispuso: “(...) [s]i no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente”.

Una vez revisada la evidencia que se aportó al expediente, la Sala revocará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones incoadas, pues las pruebas practicadas en el proceso demostraron convivencia entre la demandante (compañera permanente) y el causante durante **18 años y 9 meses**, desde diciembre del año 1997 hasta el 7 de septiembre de 2016, lapso superior al que tomó el fondo privado.

Como no se allegaron pruebas que den cuenta de convivencia entre el causante y la cónyuge supérstite, se tomará el tiempo que definió el fondo privado en la investigación interna que realizó para reconocer el derecho pensional, es decir durante **24 años y 11 meses**, entre el 22 de diciembre de 1971 (fecha en la que contrajeron matrimonio) y noviembre de 1997 (ver carpeta pensional obrante en el expediente digital).

De estos tiempos se obtiene un porcentaje del 21,45% de la prestación en favor de la compañera permanente, y el 28.55% a favor de la cónyuge, cuotas que deben acrecer proporcionalmente cuando se extinga el 50% reconocido a favor del hijo del causante. A partir de ese momento las cuotas serán del 42.9% de la prestación para la compañera permanente, y del 57.1% de la prestación para la cónyuge supérstite.

Se llega a la conclusión de convivencia con la compañera permanente, de los testimonios rendidos en este proceso por LIDIA PATRICIA DELGADO GONZÁLEZ y CRISTIAN ANDRÉS EUSSE DELGADO (hermana e hijo de una relación anterior de la demandante, CD 1, audio 2, minutos 30:30 y 41:36 respectivamente).

El segundo testigo indicó que el causante y su mamá se fueron a vivir juntos unos días después del nacimiento de su hermano el 1° de junio de 1996, época para la cual tenía 5 años, que inicialmente vivieron en el barrio Villa Luz y que antes de dicha data el demandante se mantenía entre la casa de ellos y la de su abuela (la mamá del causante), pero con el tiempo la relación se formalizó. La primera testigo indicó que la demandante y el causante iniciaron su relación

sentimental en el año 1992, y comenzaron a vivir como una pareja de casados en el año 1997; que antes de dicha fecha convivieron *algunos días*, y advirtió que tuvo conocimiento de que el causante era casado cuando su hermana quedó embarazada en el año 1996.

Las fechas de convivencia indicadas por los testigos coinciden con el nacimiento de RUBEN DARÍO JIMÉNEZ BRAVO el 1° de junio de 1996, hijo procreado por la demandante y el causante, según se observa en el registro civil de nacimiento aportado por el fondo privado en la carpeta pensional (ver archivo nominado “RCN Afiliado”), hecho claramente indiciario la una comunidad afectiva y económica de vida dependiente que se mantuvo hasta el momento del fallecimiento.

Como no se puede establecer una fecha exacta de inicio de la relación se tomará el mes de diciembre, 30 días después de terminada la convivencia entre el causante y la cónyuge superviviente, según las conclusiones del informe de investigación que hizo el fondo privado. El testimonio rendido por DAYANA MEJÍA DELGADO (sobrina de la demandante, CD 1, audio 2, minuto 19:49) no es útil para establecer la fecha a partir de la cual comenzó la convivencia entre la pareja, pues si bien indicó como inicio el año 1992, cuando ella tenía 12 años de edad, también dijo que desde que tenía uso de razón recuerda a sus tíos compartiendo en reuniones familiares, lo que resulta impreciso y poco útil para deducir convivencia, entendida como la comunidad afectiva y económica de vida en pareja. Los testimonios rendidos por AMPARO SILVA CABALLERO y GUSTAVO ADOLFO SILVA CABALLERO (colegas del causante, CD 1, audio 2, minutos 4:09 y 11:50) tampoco resultan convincentes, pues refieren tener conocimiento de la pareja en el año 1994 y 1997 respectivamente, pero en la declaración extra juicio rendida el 29 de septiembre de 2016 ante el Notario Veintitrés de Bogotá indicaron que la demandante y el causante *“convivieron juntos bajo el mismo techo, compartiendo techo, mesa y lecho, desde el día PRIMERO (1°) DE JUNIO DE 2001 FECHA EN QUE SE FUERON A CONVIVIR, HASTA EL DÍA SIETE (7) DE SEPTIEMBRE DE 2016, FECHA EN QUE EL FALLECIÓ, SIN*

SEPARARSE NUNCA” (declaraciones aportadas por el fondo privado con la carpeta pensional).

Tampoco resulta suficiente para demostrar un tiempo anterior de convivencia el documento de folio 13 del expediente, titulado “*CERTIFICACIÓN*”, por la falta de claridad sobre su origen (la autoridad a la que fue dirigida, o la finalidad de dicha declaración), y por la evidencia que se obtiene de las demás pruebas.

Por todo lo dicho se revocará la sentencia de primera instancia, se dispondrá el reconocimiento pensional en los porcentajes referidos antes, y se ordenará a la AFP PORVENIR que pague las diferencias entre las sumas pagadas y los valores que corresponden al aumentar la proporción de la mesada pensional de ALBA YADIRA DELGADO GONZÁLEZ (compañera permanente), a partir del 7 de septiembre de 2016 (fallecimiento del causante), advirtiendo que sobre ninguna de las mesadas operó el término de prescripción dado que la demanda se interpuso el 17 de septiembre de 2018 (ver folio 59 del expediente).

Las diferencias pensionales se deben pagar debidamente indexadas con la formula, según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE en la fecha en que se paguen las diferencias pensionales adeudadas, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago. No se ordenará el pago de intereses de mora, pues estos no proceden cuando se reclama el reajuste o reliquidación de mesadas pensionales. Además, la existencia de una controversia razonable sobre titularidad del derecho no es imputable a la entidad, como una omisión de la cual se pudiera constituir en *deudor moroso*.

SIN COSTAS en primera instancia. Por el resultado del recurso, SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia, para **DECLARAR** que la pensión de sobrevivientes por la muerte de RUBEN DARIO JIMÉNEZ BRAVO de debe pagar en los siguientes porcentajes: para ALBA YADIRA DELGADO GONZÁLEZ el 21,45% de la mesada, y para MARIA TERESA CASTILLO DE JIMÉNEZ el 28.55 de la mesada. Una vez se extinga el derecho del hijo del causante, el pago de la prestación se hará en la siguiente proporción: para ALBA YADIRA DELGADO GONZÁLEZ el 42,9% de la mesada, y para MARIA TERESA CASTILLO DE JIMÉNEZ el 57.1% de la mesada.
2. **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a reajustar la pensión reconocida a ALBA YADIRA DELGADO GONZALEZ a la proporción referida, y a PAGARLE las diferencias que se causaron desde el 7 de septiembre de 2016, debidamente indexadas.
3. **SIN COSTAS** en primera y segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GLORIA MARÍA JIMENEZ DE VILLAMIL
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D. C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO PÚBLICO, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., y en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 19 de octubre de 2020 por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, con T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

Téngase al doctor Alejandro Miguel Castellanos López, con T.P. 115.849 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GLORIA MARÍA JIMENEZ DE VILLAMIL presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 1º de agosto de 2000, pues considera que se configuró un vicio en el consentimiento por error. Como pretensión subsidiaria solicita se declare la ineficacia del traslado. Señala que la AFP PORVENIR S.A omitió brindarle información clara, integral, cierta y comprensible al momento de la afiliación pues no le indicó las implicaciones del cambio de régimen ni la posibilidad que tenía de devolverse al RPM. Afirma que el fondo sólo le ofreció beneficios, pero no le hablaron de desventajas ni de la forma como se iba a financiar la pensión. Pide que se ordene a la AFP PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, y a COLPENSIONES que active la afiliación de la demandante, actualice su historia laboral en el RPM, y reconozca la pensión de vejez conforme la Ley 797 de 2003 (ver demanda en folios 1 a 35 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la demandante suscribió de forma consciente el formulario para cambiar de régimen, y la afiliación se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala que las actuaciones de los particulares y de las autoridades deben ceñirse a los postulados de buena fe que se debe presumir en todas las gestiones que se adelanten; y enfatizó que es inequitativo que personas como la actora, que no han contribuido en los aportes en el RPM, se beneficien y resulten subsidiadas por las cotizaciones de los demás. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, no configuración del derecho al*

pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (ver contestación en folios 82 a 92 del plenario).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso también a la prosperidad de las pretensiones incoadas, con fundamento en que se suministró información acorde a las disposiciones legales en el momento del traslado y por ende la demandante tomó una decisión consciente, como prueba de ello está el formulario de vinculación al RAIS. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.* (folios 110 a 118).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de octubre de 2020, mediante la cual el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación y traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la razón jurídica de afiliación y cotización de la demandante GLORIA MARÍA JIMÉNEZ DE VILLAMIL en su momento con PORVENIR S.A de fecha 7 de julio del año 2000, conforme al formulario que obra a folio 121 de expediente. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR a la devolución de saldos aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante GLORIA MARÍA JIMÉNEZ DE VILLAMIL con destino a COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la señora GLORIA MARÍA JIMÉNEZ DE VILLAMIL y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular. CUARTO: ABSOLVER a las demandas de las demás súplicas de la demanda, entre ellas gastos de administración, pensión de vejez*

y lógicamente intereses conforme a la parte motiva de la presente decisión. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por PORVENIR y por COLPENSIONES. SEXTO: sin condena en costas en la instancia. SÉPTIMO: en caso de no ser apelado el presente fallo súrtase el grado jurisdiccional de consulta para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.” (Audio 2 Minuto 19:56)

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y no encontró que PORVENIR S.A. hubiera cumplido con la carga de demostrar que hubiese suministrado a la demandante una asesoría suficiente, amplia, detallada y oportuna para el momento del traslado de régimen pensional sobre las consecuencias de dicho traslado. Consideró que improcedente la devolución de gastos de administración pues la gestión pensional que había realizado la AFP en el tiempo de permanencia de la afiliada al RAIS lo impide; y negó el reconocimiento de la pensión de vejez e intereses, pues la actora conforme lo indicó en el interrogatorio de parte continúa laborando, y no ha acreditado la novedad de retiro. No condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A. afirma en el recurso que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria cumpliendo con los presupuestos exigidos para la época y que dicho documento es prueba de que ello ocurrió, además, la demandante en el año 2000 no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de acceso a la pensión de la cual se le tuviera que informar (Audio 2 Minuto 21:33)¹.

¹ “Su señoría de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, teniendo en cuenta que las consideraciones adoptadas, conllevando a declarar la ineficacia del traslado de régimen, propiamente conlleva la devolución de los aportes y los rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Las motivaciones realizadas por el fallador de primera instancia considerándose propiamente por la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en determinar que, al momento del traslado de régimen mi representada incumplió con el deber de información, aun así, teniendo en cuenta criterios jurisprudenciales adicionales cómo las diferentes aclaraciones de voto que la sala a realizado al respecto, consideró declarar la ineficacia del

En el recurso de COLPENSIONES pide que se declarase la prescripción y en caso de confirmarse la sentencia, se ordene la devolución de los gastos de administración que cobraron los fondos (Minuto 26:06)².

traslado. Bajo ese entendido véase que la situación en particular de la demandante determinando que al momento del traslado de régimen no contaba con ninguna situación específica o beneficiaria respecto a su situación pensional para llegar a concluir que mi representada le generó un perjuicio al momento de trasladarse de régimen pensional. si bien existe una línea jurisprudencial, la misma incluso se detiene en determinar el caso en concreto frente al momento, es decir, al momento en que se generó el traslado de ese régimen, la condición en particular del afiliado respecto a su situación pensional y el cumplimiento de ese deber de información. Para el año 2000, el momento en que la demandante realizó ese traslado de régimen al no contar con ningún beneficio como fuera que fuera régimen de transición, ninguna expectativa legítima frente a su situación pensional, conllevan a determinar que no existió ningún perjuicio frente a ese traslado de régimen, y lo que exigían en ese momento las administradoras de pensiones era ponerle de presente al afiliado si con ese traslado de régimen se generaba alguna renuncia frente alguna situación que perjudicará su situación pensional, cómo lo podría ser renunciar a un régimen de transición, que contará con unas expectativas legítimas frente a su situación pensional entre otros factores. Por otro lado, si bien suscribió la demandante un formulario de afiliación que no puede verse simplemente como una adición respecto a esa voluntad de traslado de régimen, propiamente porque es el pleno consentimiento frente a convalidar el acto jurídico, frente a corroborar que los datos proporcionados en el formulario de afiliación, los mismos consideran aceptar las implicaciones propias del régimen de ahorro individual, en ese sentido es y ha sido ese formulario de afiliación para ese momento el único requisito al respecto que ha quedado de manera documental por parte de las administradoras de pensiones en esa etapa del deber de información; bajo estos supuestos, no debió condenarse o no debió declararse la ineficacia del traslado de régimen, más aún cuando existe un perjuicio claramente hacia lo que mi representada género respecto a la cuenta de ahorro individual de la demandante, véase que el efecto jurídico de la ineficacia, considerando la no generación de efectos jurídicos, propiamente conllevaría a que no se hiciera la devolución de los rendimientos financieros que se han generado positivamente dentro del régimen de ahorro individual, situación que no hubiese ocasionado si el acto jurídico no tuviera efectos respecto del mismo. Bajo esos supuestos, le solicito a la sala laboral del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, revoque la decisión emitida por el despacho y en su lugar se absuelva a mi representada de las condenas que fueron impuestas. gracias su señoría”.

² *“Su señoría Buenas tardes a los presentes, encontrándose dentro del término procesal pertinente, Colpensiones por intermedio del suscrito se permite interponer recurso de apelación frente a la sentencia que se acaba de proferir en los siguientes argumentos: el Juzgado desconoció en su sentencia, pues no tuvo en cuenta lo que da el artículo 1750 del Código Civil que es que el acto jurídico estaría actualmente prescrito conforme lo dispone en el artículo 1750 del código civil que acabo de mencionar, pues reza que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, este cuatrienio se cortará en caso de violencia desde el día en que ésta hubiera cesado, dado que como no se dio la nulidad por dolo, fuerza o vicio del consentimiento, pero si la ineficacia, estos mismos se le aplica la normatividad civil, entonces la Señora demandante contaba con 4 años para manifestarle al vínculo negociar con la AFP de que no se encontraba de acuerdo con las condiciones allí planteadas. Adicional a ello, también, para que el despacho por intermedio y el Honorable Tribunal conozca este recurso de apelación en el sentido de que ordene también devolver los gastos de administración teniendo en cuenta que como la cuenta es del titular y al declararse la ineficacia en este caso, quiere decir que nunca existió dicha afiliación, por ende no es válido todo lo generado y descontado por la administración. En los siguientes te términos dejó presentado y sustentado el recurso de apelación, para que la Honorable sala laboral del tribunal, sala de decisión revoque la sentencia aquí proferida”.*

En el mismo sentido el agente del Ministerio Público afirma que el acto jurídico nunca existió y por ello no podía la AFP PORVENIR conservar la cuota de administración que cobró durante la afiliación al RAIS (Minuto 27:59)³.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

³ *“Señoría muchas gracias, de conformidad con la normativa aplicable respecto al término para interponer el recurso de apelación, me permito interponer recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia que se acaba de proferir, concretamente En sentido de que Honorable Tribunal Superior de Bogotá, que se disponga la sentencia y en lo pertinente condenar al fondo de pensiones Porvenir a retornar al régimen de prima media con prestación definida, también los descuentos efectuados por cuota de administración, al respecto valga pensar conforme al artículo 3 literal b de la ley 100 de 1993, y el artículo 171 de esta misma Norma, la consecuencia jurídica de la no satisfacción del deber de información cómo se dijo es la ineficacia, y la ineficacia corresponde a en sentido estricto según apartes del artículo 1746 del código civil, lo que aparece por no decir de otra manera la exclusión de todo efecto jurídico del traslado, tal como se señaló de abordar se bajó el tema de la ineficacia. Así las cosas teniendo en cuenta que el acto jurídico nació viciado, que nunca existió y que nunca tuvo efectos en la práctica, no podría el fondo de pensiones demandado conservar esta cuota de administración que cobró durante la vigencia del traslado. Además, recordando la aplicación del principio que nadie puede aprovecharse de su propia culpa de su propia negligencia, es claro que al no satisfacer el deber de información el fondo de pensiones traído a juicio, incumplió el deber de eficiencia que le corresponde conforme al principio constitucional regulado por el artículo 48 de la constitución nacional y artículo 2º de la ley 100 de 1993. Es decidir, no obró conforme a los mandatos constitucionales y legales que le imponen obrar con eficiencia, eficacia al momento de proceder con los actos jurídicos que le corresponden. En esas medidas no podría aprovecharse de su propia culpa por esta negligencia. En esa medida solicitó al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, revocar en lo pertinente el acto viciado en la sentencia que acaba de proferir. Muchas gracias”.*

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 39 años de edad y había cotizado 573.14⁴ semanas, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (5 años, 7 meses y 10 días), y para la fecha de

⁴ Ver cédula de ciudadanía e historia laboral de la demandante emitida por COLPENSIONES en Cd 1 que contiene expediente administrativo a folio 93.

presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

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

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

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

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

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A no probó haberle brindado toda la información pertinente en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia: *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. Por ello no se puede entender que hubiera existido “consentimiento informado”.*

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* el paso del tiempo (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 7 de julio de 2000 a PORVENIR S.A., AFP a la que se encuentra afiliada (ver formulario de afiliación y SIAFP folios 120 a 122).

No obstante, el Tribunal adicionará la decisión para ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró la AFP PORVENIR S.A durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Conociendo en Consulta el Tribunal declarará, además, que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en

montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones.

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

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de GLORIA MARIA JIMENEZ DE VILLAMIL con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; y para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE CATALINA DE TORO RIVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por la AFP PORVENIR S.A y para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 27 de agosto de 2020 por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Jackeline Rodríguez Rojas, con T.P. 305.950 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CATALINA DE TORO RIVERA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso

ordinario laboral se declare la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 9 de febrero de 1995. Señala que COLFONDOS S.A omitió brindarle información completa, oportuna y comprensible al momento de suscribir el formulario de su traslado pues no le indicó los riesgos y desventajas que debía asumir ni las implicaciones del cambio de régimen. Como consecuencia de lo anterior, pide que se le ordene a PORVENIR S.A devolver a COLPENSIONES los aportes cotizados en su cuenta de ahorro individual, y a COLPENSIONES recibir la afiliación al RPM sin solución de continuidad junto, con los aportes de su cuenta individual RAIS, que se reconozca que la demandante pertenece al régimen de transición, y que COLPENSIONES reconozca y pague la pensión de vejez en los términos contemplados en la ley 100 de 1993 (ver demanda en folios 4 a 21).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado realizado por la actora a COLFONDOS y posteriormente a PORVENIR S.A, tiene plena validez. Señala que la inscripción se realizó con voluntad libre de la cotizante quien por decisión propia suscribió los formularios de afiliación, y bajo el marco legal correspondiente escogió el régimen al cual quería pertenecer. Indica que si la demandante asevera que existió un vicio del consentimiento deberá probarlo en el desarrollo del proceso judicial, y que se encuentra inmersa en la prohibición de traslado pues le faltan menos de 10 años para la edad de pensión. Propuso como excepciones: *prescripción, petición antes de tiempo, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 104 a 110 del plenario).

La demandada COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, también contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el contrato de afiliación celebrado entre las partes es plenamente eficaz pues se reunieron todos los requisitos de existencia, eficacia y validez. Afirma que a la demandante no se le ocultó

información y que la decisión de trasladarse se manifestó exenta de cualquier error o engaño, previa asesoría de personas capacitadas para suministrar toda la información relevante y necesaria, quienes absolvieron las inquietudes respecto del RAIS, y que no se incurrió en error de hecho pues la demandante continuo realizando aportes al RAIS después de la afiliación inicial, y además realizó varios traslados horizontales entre las AFP's. Finalmente advierte que para la fecha en que la demandante se trasladó de régimen, los fondos de pensiones cumplieron las obligaciones establecidas expresamente en el Decreto 692 de 1994, dentro de ellas el diligenciamiento del formulario de afiliación. Propuso como excepciones: *validez de la afiliación a COLFONDOS, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 123 a 130).

Igualmente contestó la demanda la AFP PORVENIR S.A, mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la vinculación de la actora se dio previa información integral y comparativa de regímenes, dejando la decisión única y exclusivamente en cabeza de la afiliada, quien recibió numerosas asesorías en temas pensionales, lo que permite evidenciar el cumplimiento en el deber de información y el conocimiento pleno acerca de las características del RAIS por parte de la demandante. Se opone de igual manera a que se declare que la demandante pertenece al régimen de transición, teniendo en cuenta que el único factor determinante en la acusación del derecho en el RAIS es contar con un capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, y los factores de edad o número de semanas no inciden en este tipo de reconocimientos. Propuso como excepciones las 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 la innominada o genérica*. (ver contestación en folios 163 a 170 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de agosto de 2020, mediante la cual el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante del régimen de prima

media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive tiene el siguiente tenor: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la filiación o traslado efectuado por la señora demandante CATALINA DEL TORO RIVERA identificada con cédula de ciudadanía No. 35458614 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado a través de la administradora COLFONDOS el día 9 de febrero del año 1995, como consecuencia de la anterior entonces ORDENAR al fondo PORVENIR donde actualmente se encuentra afiliada, traslade de los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, y a esta que reciba dichos recursos y reactive la afiliación de la señora demandante y acredite estos como semanas efectivamente cotizadas teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado, todo lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO: CONDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor de la señora demandante CATALINA DEL TORO RIVERA en forma mensual y vitalicia una pensión de vejez bajo los términos del régimen de transición y específicamente el contenido del acuerdo 049 de 1990 la cual se reconocerá y será exigible una vez se acredite por esta el correspondiente retiró el sistema, la misma se reconocerá en 13 mesadas pensionales anuales dada la fecha de la exigibilidad de la misma. TERCERO: no condenar en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes conforme a lo expuesto en la parte motiva. CUARTO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas. QUINTO: remitir las diligencias al superior si no fuera pelada, para efectos de que la revise en el grado jurisdiccional de consulta en lo que tiene que ver con LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES” (Cd 2 Hora 1 Minuto 37:22).*

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia estimó que la demandante se trasladó antes de haber cumplido tres años de permanencia y que la AFP no demostró haber cumplido con el deber de información alegado en las pretensiones de la demanda, ni se convalida el acto inicial con traslados

horizontales. Encontró que la demandante si es beneficiaria del régimen de transición por edad y que el 04 de mayo de 2012 cumplió los requisitos para causar la pensión de vejez bajo los parámetros del acuerdo 049 de 1990. No condeno en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de PORVENIR S.A aduce que no se puede endilgar incumplimiento alguno, puesto no fue quien tramitó el traslado inicial de régimen pensional. En lo referente a la permanencia de régimen por 3 años indica que aplica para la selección del régimen pensional y no para traslados horizontales entre administradoras del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad. Estima improcedente la devolución de los gastos de administración que se han cobrado mes a mes, sin indicar expresamente razones de esta inconformidad (cd 2 Hora 1 Minuto 40:02)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

¹ “Gracias Señor Juez, en esta instancia me permito interponer recurso de apelación contra la decisión que acaba de proferir el despacho, solicitando al Honorable Tribunal de Bogotá Parcial en lo referente a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante y lo referente a la devolución de los gastos de administración que se han cobrado mes a mes y año tras año mientras la vigencia de la parte demandante dentro del presente proceso. Adicionalmente también se solicita al Honorable Tribunal que se revoque la decisión de la condena en la que se establece que la demandante perteneció sin solución de continuidad en el régimen de prima media con prestación definida, toda vez que la demandante con mi representante se efectuó un traslado de régimen horizontal y en este caso no se dio, entonces mi representada no efectuó la afiliación inicial de la demandante, entonces así, mi representada no puede endilgársele la obligación de la entrega de unos requisitos de información del régimen de prima media con prestación definida en el RAIS, puesto que ya cuando se afilia con Horizonte se encontraba ya en este régimen y fue por la libre selección de ella que decidió pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad. En lo referente a lo que se establece, la decisión entonces de permanencia de régimen por 3 años se evidencia que el artículo que habla sobre la selección del régimen pensional, dispone es que la parte pueda digamos escoger o la libre escogencia entre ambos regímenes pensionales no entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, sino simplemente entre ambos y en aquel momento la demandante pudo, si a bien lo tenía, decidir trasladarse con el régimen de prima media administrada por COLPENSIONES. Entonces por estos argumentos solicitó al honorable tribunal que revoque la decisión, gracias.

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 38 años de edad y había cotizado 552.86² semanas, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (9 años, 8 meses y 20 días), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

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

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

² Ver cédula de ciudadanía e historia laboral actualizada de COLPENSIONES a folios 22, 80. El Cd 1 allegado por COLPENSIONES que contiene expediente administrativo se encuentra a folio 111.

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

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

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los*

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A no demostró haberle brindado toda la información pertinente del Sistema Pensional en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo o con posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 09 de febrero de 1995 a PORVENIR S.A, y finalmente el 24 de junio de 2003 se trasladó a HORIZONTE por absorción hoy PORVENIR S.A - AFP a la que se encuentra actualmente afiliada -ver historia laboral consolidada de afiliaciones, formularios de afiliación y SIAFP (folios 172, 177, 178 a 186).

No obstante, se advierte que no procede el reconocimiento judicial de la pensión en este momento, pues COLPENSIONES solo tendrá a cargo la obligación pensional de la demandante cuando se haya hecho efectiva la anulación del traslado con la devolución de los aportes que la financiarán.

No se puede endilgar a COLPENSIONES responsabilidad alguna en las omisiones que cometieron terceras personas (los Fondos de Pensiones). Solamente cuando se reciban los aportes, podrá COLPENSIONES definir si el derecho se causa en favor de la demandante, el monto de la mesada que le corresponde, y la fecha de pago de la primera mesada, previa desafiliación del Sistema y conforme a la actualización y consolidación de la historial de cotizaciones.

Por ello, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal modificará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia.

Además, en este mismo grado de jurisdicción, se adicionará la decisión del juzgado para ordenar la devolución de los gastos de administración que cobraron ambas AFP'S durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), y para declarar que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia la primera instancia.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a entregar a COLPENSIONES los gastos de administración que cobraron durante la permanencia de CATALINA DE TORO RIVERA en el RAIS; y para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [unclear]'. The signature is stylized and somewhat illegible.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA ELVIRA GUTIÉRREZ VDA DE
PORRAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta (30) días de noviembre de dos mil veinte (2020)

Como la ponencia presentada por la magistrada MARLENY RUEDA OLARTE el pasado 30 de septiembre de 2020 no fue aceptada, se reúne nuevamente la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, con el criterio mayoritario, la sentencia dictada el 25 de junio de 2019 por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a COLPENSIONES al acrecimiento de cuota de la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de ANA ELVIRA GUTIÉRREZ VDA DE PORRAS, en el 100% de la prestación que dejó causada OSCAR SIGIFREDO PORRAS MORENO.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ANA ELVIRA GUITÉRREZ VDA DE PORRAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se disponga el acrecentamiento de la mesada de la pensión de sobrevivientes reconocida a su favor el 19 de junio de 1971, en

calidad de cónyuge supérstite de OSCAR SIGIFREDO PORRAS MORENO. Lo anterior, con fundamento en que la pensión fue distribuida entre ella y sus 6 hijos, pero la proporción de la mesada que le correspondió nunca aumentó pese a que se fue extinguiendo el derecho de cada uno de los hijos del causante. Pide que se paguen las diferencias pensionales adeudadas a partir del mes de octubre de 2015, junto con los intereses de mora que se generen (ver demanda en folios 1 a 19, y subsanación a folios 126 y 127).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de la demanda con fundamento en que la demandante actualmente devenga el 100% de la pensión causada por OSCAR SIGIFREDO PORRAS MORENO, bajo los parámetros del Decreto 3041 de 1966. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación y la innominada o genérica* (ver contestación obrante en folios 133 a 145 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de junio de 2019, a través de la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al acrecimiento de la cuota de la pensión de sobrevivientes reconocida a favor de ANA ELVIRA GUTIÉRREZ VDA DE PORRAS, a partir de octubre de 2015, en cuantía del 100% de la prestación que dejó causada OSCAR SIGIFREDO PORRAS MORENO. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido y DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la prescripción respecto de las diferencias de la mesada pensional causadas con anterioridad al 22 de octubre de 2015, según las razones expuestas en precedencia. SEGUNDO: DECLARAR que la señora ANA ELVIRA GUITÉRREZ VDA DE PORRAS identificada con C.C.*

27.957.304 le asiste el derecho al acrecimiento de su mesada pensional en un 100% de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento del señor OSCAR SIGIFREDO PORRAS MORENO quien en vida se identificaba con C.C. 166.454 y cuyo monto correspondió en el momento del fallecimiento a 5.19 SMLMV. TERCERO: CONDENAR A COLPENSIONES A PAGAR a la demandante señora ANA ELVIRA GUITÉRREZ VDA DE PORRAS la suma de \$155.084.044 pesos por concepto de diferencias pensionales causadas entre el 22 de octubre de 2015 y el 31 de mayo de 2019, según las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. CUARTO: CONDENAR A COLPENSIONES a pagar a la demandante a partir de junio de 2019 una mesada por valor de \$4.297.922 y en adelante con los reajustes legales y las mesadas adicionales que se causen. QUINTO: AUTORIZAR A COLPENSIONES para descontar del valor del retroactivo reconocido a la demandante el valor de los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud, según lo expuesto en precedencia. SEXTO: ABSOLVER a la demandada de la pretensión alusiva a los intereses moratorios según lo analizado en las consideraciones. SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS A COLPENSIONES en proporción del 80%. En firme la presente providencia por Secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho por valor de \$3.000.000. OCTAVO: SE DISPONE la consulta a favor de la entidad demandada. Remítase el expediente al Superior” (CD 2, minuto 39:59).

Para tomar su decisión, el juez de primera instancia concluyó que la demandante tiene derecho a que se ajuste su cuota de la pensión de sobrevivientes, en proporción del 100% de la mesada causada, dado que se extinguió el derecho de los hijos del causante cuando cada uno adquirió la mayoría de edad, y advirtió que no se podía aplicar el Decreto 3041 de 1966 en un sentido literal sino que se debe acudir a un ejercicio hermenéutico favorable que no permita la pérdida de alguna parte de la prestación cuando ésta queda sin beneficiario. Manifestó que realizó las operaciones aritméticas pertinentes teniendo en cuenta que derecho pensional se causó en 5.19 SMLMV de la época y que la demandante ha devengado la suma de 1 SMLMV (al plenario no se aportó dicha liquidación), y obtuvo como valor de la mesada

pensional para el año 2019 la suma de \$4.297.922, con base en ello definió en concreto el retroactivo de las diferencias pensionales causadas entre el 22 de octubre de 2015 y el 31 de mayo de 2019 en la suma de \$155.084.044.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de la entidad demandada pide que se revise el cálculo aritmético efectuado por el juez de primera instancia y que las demás materias se estudien en grado jurisdiccional de consulta (CD 2, minuto 42:49)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución 2648 del 13 de agosto de 1971, modificada mediante la Resolución No. 3577 del 15 de octubre de 1971, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, reconoció la pensión de sobrevivientes que dejó causada OSCAR PORRAS M en favor de sus beneficiarios, a partir del 19 de junio de 1971 en cuantía inicial de \$2.694,03, en las siguientes proporciones: (i) a ANA ELVIRA GUTIÉRREZ DE PORRAS en su condición de cónyuge supérstite, en proporción del 23.84% de la prestación, que equivale a la suma de \$642,27; y, (ii) a sus 8 hijos, MIRIAYM LUZ, OSCAR ENRIQUE, MARIA ESTHER, SONIA PATRICIA, EVANGELINA Y MAURICIO ALGREDO PORRAS GUTIÉRRES, y MIREYA Y WILIAM PORRAS PEDRAZA, en proporción del 9.52% de la prestación para cada uno, que equivale a la suma de \$256,47 (ver Resoluciones en folios 21 a 25).

Dado que la pensión de sobrevivientes se causó en el año 1971, el derecho pensional se encuentra regulado por los artículos 21 y 23 del Decreto 3041 de

¹ “Gracias su señoría, su señoría me permito interponer recurso de apelación en contra el fallo aquí proferido únicamente en lo que concierne al cálculo aritmético toda vez que en este momento mientras su señoría se disponía a dictar el fallo hice cuentas y el monto es inferior al que aquí se realizó de tal forma que solicito respetuosamente al tribunal que se verifique el cálculo aritmético y no tengo otro reparo, que lo demás se estudie en el grado jurisdiccional de consulta gracias”.

1966. No sobra recordar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en establecer que *“al ser la pensión de sobrevivientes un derecho derivado, y en esta específica circunstancia una sustitución de la prestación adquirida, la legislación que debe resolver la controversia es la que estaba en vigor al momento del fallecimiento del afiliado o pensionado, sin que sea dable predicar que la normativa que gobierna el caso es la que corresponde al momento en que se extinguió el derecho de uno de los beneficiarios”* (SL 828 del 19 de noviembre de 2013, ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN).

El artículo 21 del decreto 3041 de 1966 reconoce la pensión en favor del cónyuge sobreviviente en proporción del 50%, y la del huérfano en proporción del 20%, de la pensión de invalidez o de vejez asignada al causante, y según el artículo 23, en caso en que las pensión de sobrevivientes atribuida a los beneficiarios de un mismo causante hayan *“sido reducidas proporcionalmente por aplicación de lo dispuesto en el artículo 61 de la Ley 90 de 1964, y luego se redujere posteriormente al grupo de beneficiarios restantes”* acrecerá la prestación para los demás *“sin que tales pensiones reajustadas puedan sobrepasar las cuantías porcentuales indicadas en el artículo 21 de este reglamento”*².

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 828 del 19 de noviembre de 2013 consideró que *“la hermenéutica favorable que considera esta Corte debe darse es la de que, en esas circunstancias, es decir cuando quienes comparezcan no alcanzaron el 100% los beneficiarios mantenían el porcentaje del artículo 21, pero la proporción excedente, es decir la que está sin adjudicar debía repartirse proporcionalmente entre ellos, ecuación que varía en cada evento de una parte de la prestación cuando ésta quedara sin*

² Artículo 61 de la Ley 90 de 1964: *“El total de las pensiones de viudedad y orfandad no podrá exceder el monto de la pensión de invalidez o vejez de que estuviera disfrutando el asegurado, o de la de invalidez que le hubiera correspondido eventualmente; si excediere, se reducirán proporcionalmente todas las pensiones; si no alcanzare dicho monto, los ascendientes que dependían exclusivamente del asegurado tendrán derecho, por iguales partes y por cabezas, a la fracción disponible, sin que ninguno de ellos pueda recibir una renta superior al veinte por ciento (20%) de la pensión eventual del difunto”*.

beneficiario pues contraría la naturaleza de la pensión, y de hecho de que debe hacer un acrecimiento proporcional” (SL 828 del 19 de noviembre de 2013, ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN).

Con fundamento en dicha sentencia, la Sala considera procedente el acrecimiento de la mesada pensional de la demandante hasta alcanzar el 100% de la prestación, como lo concluyó el juez de primera instancia.

Cabe advertir que si bien no se aportaron las cédulas de ciudadanía de TODOS los hijos del causante³, el derecho reconocido a su favor se extinguió para el último de ellos, por lo menos, en el año 1989 (18 años después del 19 de junio de 1971. Además, COLPENSIONES no informó sobre la existencia de hijos inválidos, por el contrario, en su contestación afirmó que la demandante efectivamente percibe el 100% de la pensión de sobrevivientes causada por OSCAR SIGIFREDO PORRAS MORENO (ver contestación en folios 133 a 145).

Resuelto lo anterior, se debe establecer si la mesada que actualmente viene pagando COLPENSIONES a la actora en 1 SMLMV (ver desprendibles de nómina del año 2019 – 167 a 171) se encuentra conforme a derecho.

Para este efecto se tomará el 100% de la mesada pensional reconocida en el año 1971 (\$2.694,03), y se efectuarán los reajustes pensionales con la metodología correcta para aplicar los incrementos anuales y obtener el valor de la mesada pensional año a año.

Se debe recordar que las pensiones reconocidas antes del inicio de vigencia de la Ley 100 de 1993 se reajustan conforme las fórmulas establecidas en el

³ Se aportaron las cédulas de ciudadanía de MIRIAYM LUZ, OSCAR ENRIQUE, MARIA ESTHER, SONIA PATRICIA, EVANGELINA Y MAURICIO ALGREDO PORRAS GUTIÉRRES (ver folios 172 a 177), pero no se aportaron las de MIREYA Y WILIAM PORRAS PEDRAZA.

artículo 55 del Decreto 433 de 1971, el artículo 1° de la Ley 4a de 1976 y el artículo 1° de la Ley 71 de 1988.

Sobre esta materia fue clara la sentencia de la Corte Constitucional C-110 de 2006, en la cual se indicó que las normas laborales son, por expresa disposición legal de orden público, y por ello *“la fórmula de reajuste pensional contenida en el artículo 1° de la Ley 4a de 1976, estuvo vigente y produjo efectos jurídicos (...) hasta la entrada en vigencia de la Ley 71 de 1988, hecho este que tuvo ocurrencia el día 19 de diciembre de ese mismo año (...) A partir del 1° de enero de 1989 y hasta la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, todas las pensiones que fueron reconocidas en el país, tanto en el sector público como en el privado, se reajustaron anualmente conforme a la fórmula prevista en la Ley 71 de 1988 (...). Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y su entrada en vigencia, las pensiones reconocidas antes y después de dicha ley, se vienen reajustando en la forma prevista por su artículo 14”* (Sentencia de la Corte Constitucional C-110 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Así las cosas, no resulta adecuado el reajuste de la mesada pensional que definió la sentencia apelada, tomando el equivalente de la pensión en salarios mínimos (5.19 SMLMV) para tasar su valor en cada año.

Se debe aplicar el incremento anual que corresponda, según la norma vigente año a año, como se muestra en la siguiente tabla:

TABLA INCREMENTOS ANUALES MESADA PENSIONAL

AÑO	MESADA (100%)	INCREMENTO	NORMA REAJUSTE PENSIONAL
1971	\$ 2.694	5,00%	Decreto 433 de 1971 (artículo 55 = 5% mesada anterior + \$100)
1972	\$ 2.929	5,00%	
1973	\$ 3.175	5,00%	
1974	\$ 3.434	5,00%	

1975	\$ 3.706	5,00%	
1976	\$ 3.991	15,00%	
1977	\$ 4.980	22,29%	
1978	\$ 5.969	5,15%	Ley 4a de 1976 (artículo 1 = mitad de la diferencia salario mínimo año actual y salario mínimo anterior + mesada pensional * mitad incremento salario mínimo)
1979	\$ 6.712	16,85%	
1980	\$ 8.368	15,20%	
1981	\$ 10.240	13,35%	
1982	\$ 12.462	15,00%	
1983	\$ 15.257	12,50%	
1984	\$ 18.182	11,00%	
1985	\$ 21.312	10,00%	
1986	\$ 25.070	12,00%	
1987	\$ 29.928	11,00%	
1988	\$ 35.783	25,00%	
1989	\$ 44.729	27,00%	
1990	\$ 56.806	26,00%	
1991	\$ 71.576	26,07%	
1992	\$ 90.235	26,04%	
1993	\$ 113.733	25,03%	
1994	\$ 142.200	22,59%	artículos 14 de la Ley 100 de 1993 (artículo 14 = variación porcentual IPC)
1995	\$ 174.323	19,46%	
1996	\$ 208.246	21,63%	
1997	\$ 253.290	17,68%	
1998	\$ 298.071	16,70%	
1999	\$ 347.849	9,23%	
2000	\$ 379.956	8,75%	
2001	\$ 413.202	7,65%	
2002	\$ 444.812	6,99%	
2003	\$ 475.904	6,49%	
2004	\$ 506.790	5,50%	
2005	\$ 534.664	4,85%	
2006	\$ 560.595	4,48%	
2007	\$ 585.710	5,69%	
2008	\$ 619.036	7,67%	
2009	\$ 666.517	2,00%	
2010	\$ 679.847	3,17%	
2011	\$ 701.398	3,73%	
2012	\$ 727.560	2,44%	
2013	\$ 745.313	1,94%	
2014	\$ 759.772	3,66%	
2015	\$ 787.579	6,77%	
2016	\$ 840.898	5,75%	
2017	\$ 889.250	4,09%	
2018	\$ 925.620	3,18%	
2019	\$ 955.055	3,80%	
2020	\$ 991.347		

Como el Tribunal obtiene valores superiores al SMLMV, que es lo que viene percibiendo la demandante, pero inferiores a los reconocidos por el *a-quo* (por ejemplo para el año 2015, fecha a partir de la cual se reconoció el derecho, se obtiene la suma de \$787.579 y en primera instancia se tomó la suma de \$3.344.176, y para el 2019 se obtiene \$955.055 y en primera instancia se reconoció la suma de \$4.297.922), se REVOCARÁ en lo pertinente la sentencia de primera instancia y se dictarán las condenas que corresponden.

Las diferencias se deben pagar a partir del 22 de octubre de 2015, fecha definida en la sentencia de primera instancia que no se puede modificar en contra la entidad en cuyo favor se está estudiando en consulta.

Adicionalmente se ordenará la indexación de las diferencias adeudadas, para lo cual se deberá aplicar la formula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante mes a mes, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha en que se incluya la condena en nómina de pensionados), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago.

Sin costas en segunda instancia.

DECISION

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** los numerales TERCERO y CUARTO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reajustar la mesada de pensión de sobrevivientes que viene pagando a ANA ELVIRA GUTIÉRREZ VDA DE PORRAS, hasta llegar a los siguientes valores: \$787.579 para el año 2015, \$840.898 para el año 2016, \$889.250 para el año 2017, \$925.620 para el año 2018, \$955.055 para el año 2019 y \$991.347 para el año 2020; y a pagar debidamente indexadas las diferencias entre estas mesadas y las que ha pagado, desde el 22 de octubre de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada
SALVO VOTO

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE AUDREY MONROY OSPINA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2020 por el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con T.P. 303.924, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, AUDREY MONROY OSPINA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que

mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS el 14 de diciembre de 1999, con fundamento en que el fondo privado incumplió su deber de buen consejo y no le proporcionó información completa y comprensible sobre los riesgos y desventajas de vincularse al RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare vigente la afiliación en el RPM administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad, y se traslade a dicha entidad los aportes que cotizó durante su vinculación al RAIS (ver demanda en las folios 1 a 17 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS y no ocurrieron vicios en el consentimiento por error, fuerza o dolo, y advirtió que resulta inverosímil que 15 años después se hubiesen descubierto irregularidades ocurridas en su afiliación, y que la actora se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales que dispone el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones: *inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 91 a 107 del plenario).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado, se allanó a las pretensiones de la demanda (folio 136).

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de septiembre de 2020, mediante la cual el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora AUDREY MONROY OSPINA identificada con cédula de ciudadanía número*

41.899.721 a la AFP COLFONDOS S.A. suscrita el pasado 19 de diciembre del año de 1999 por los motivos expuestos en esta sentencia y en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES junto con los rendimientos financieros y gastos de administración de acuerdo con la parte motiva de este proveído. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual de conformidad con lo ordenado en precedencia. CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las entidades demandadas y relevarse de los demás medios exceptivos. QUINTO: SIN lugar a la imposición de COSTAS para la demandadas. SEXTO: contra esta sentencia sólo procede el recurso de apelación” (CD 2, audiencia virtual, minuto 53:14).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP no demostró que hubiese información información completa y suficiente sobre las características, implicaciones y consecuencias del cambio de régimen, advirtiendo que el formulario de afiliación no es suficiente para el efecto.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Aduce que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para efectuar traslados entre regímenes pensionales, y considera que con la decisión dictada en primera instancia se afecta el principio de sostenibilidad financiera del Sistema, y los derechos a la igualdad y equidad de los afiliados

que están haciendo sus aportes en el RPM. Además, advirtió la omisión de la actora en informarse y reclamar la ocurrencia de errores en el momento de la afiliación pese a que han transcurrido más de 20 años desde el momento en el que tuvo lugar el traslado de régimen, y se trata de una profesional del derecho con especialización. Finalmente, señala que no es suficiente ordenar el traslado de los aportes efectivamente cotizados, sino que el fondo debe emitir el respectivo bono pensional en el cual se incluya la cuenta individual y los rendimientos de la demandante (CD 2, audiencia virtual, minuto 54:51)¹.

¹ “Su señoría teniendo en cuenta el fallo que acaba de emitir, me corresponde interponer recurso de apelación en contra de su decisión de la siguiente manera. Es principal manifestar que debido a esta declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media, se está afectando el principio de sostenibilidad financiera que está basado en los principios de igualdad y equidad de quienes realmente efectúan cotizaciones en este caso mi representada la Administradora Colombiana Colpensiones, teniendo en cuenta lo anterior, hoy se está omitiendo en cierta manera la Ley 797 del 2003 artículo segundo numeral e que nos dice, los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieren una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, después de un año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse al régimen cuando le faltaren diez o menos años para cumplir la edad para tener pensión al derecho de la pensión de vejez, esto de acuerdo y declarado exequible por las sentencias C 1024 del 2004, en este momento la señora Monroy ha determinado, ejerció sus derechos con inferioridad a los diez años que la norma nos prescribe, de esta manera se está omitiendo el deber legal estipulado en el artículo segundo literal e de la Ley 797 del 2003, señores Magistrados es conveniente precisar que el interrogatorio de parte surtido por la demandante esta manifiesta que estuvo ante el Seguro Social quince años, después, posteriormente realizó su traslado sin realizar pregunta alguna, no ejerció algún derecho de petición para indicar alguna duda sino que solamente un año o dos años faltándole para cumplir con los criterios o los requisitos pensionales accede y evidencia un error causado por la parte demandante, en este caso la omisión no es criterio para indicar o para ejercer un derecho que ya le ha sido en cierta manera ya no se encuentra dentro del término señalado por la Ley 797 del 2003, aún cuando la misma manifiesta que es una persona especializada en el área de derecho y que para aquella época en la que se surtió el traslado estaba la variación del régimen o pues la normatividad de seguridad social, en este caso han pasado veinticinco años y dentro de los veinte la misma no ejerció alguna solicitud referente a su inconformidad frente al traslado surtido, de igual manera, es de precisarse que debido a este traslado se debe en caso tal se debe ordenar que conforme al artículo 113 de la Ley 100 de 1993, el traslado de régimen surte en este caso un bono pensional el cual debe ser precisado por el despacho, en este caso no basta con trasladar los aportes realizados efectivamente cotizados al fondo privado de pensiones sino que este fondo de pensiones debe emitir el respectivo bono pensional, donde se incluya el saldo de la cuenta individual y los rendimientos pagados para luego realizar la respectiva aprobación del traslado de régimen con los respectivos aportes, desde luego y como se viene insistiendo ante señores Magistrados, es conveniente precisar que no se está teniendo en cuenta la normatividad y la orden legal que nos ha estipulado los legisladores en este caso el artículo segundo de la Ley 797 del 2003, no se puede ejercer un derecho aun cuando le faltaren diez o menos años para ser o cumplir los requisitos pensionales, debido a ello solicito sea revocada la sentencia del a quo teniendo en cuenta las anteriores manifestaciones y dejo tasado desde este momento el recurso de apelación, muchas gracias su señoría”.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 941,29 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 6 meses y 25 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 56 años – ver folios 19 y 88 del plenario).

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

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

² Ver historia laboral allegada por COLPENSIONES en folios 91 a 107.

³ *Íbidem*.

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

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

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

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el interrogatorio de parte no se confesó el hecho, pues manifestó que le dijeron que el ISS estaba “quebrado” y posiblemente iba a ser cerrado, mientras que en el fono privado podría pensionarse cuando quisiera (CD 2, audiencia virtual, minuto 14:47).

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el “saneamiento” la ratificación de la actora con el paso del tiempo, y nque dicha obligación se debe cumplir sin que importe el nivel educativo, profesional o cultural del afiliado⁶.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los dineros ahorrados en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y gastos de

⁶ En el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso reconoció qu es abogada con especialización en derecho de sociedades.

administración, pues así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), pues esta declaración (la ineficacia). En criterio de la Corte los fondos deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

No es posible acceder a lo solicitado por la entidad demandada en su recurso (ordenar al fondo privado que emita el bono pensional que corresponde a las cotizaciones y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante), pues esa no es la forma como las normas disponen el traslado de aportes desde el RAIS hacia el RPM.

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

SIN COSTAS en la apelación.

DECISION

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

RESUELVE

EXP. 18 2019 00295 01

Audrey Monroy Ospina Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otra

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MagistradoHUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
MagistradoMARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LIBIA BARRERO CHAVES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP OLD MUTUAL S.A., y para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 10 de agosto de 2020 por la Juez Diecinueve (19º) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LIBIA BARRERO CHAVES presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 23 de enero de 1995. Señala que PORVENIR S.A omitió brindarle información completa, oportuna y comprensible al momento de suscribir el formulario de su traslado, no le

indicaron los riesgos y desventajas que debía asumir por su decisión, ni las implicaciones del cambio de régimen. Como consecuencia de lo anterior, pide que se le ordene a OLD MUTUAL S.A devolver a COLPENSIONES los aportes cotizados en su cuenta de ahorro individual, y a COLPENSIONES recibir la afiliación de la actora al RPM sin solución de continuidad y los aportes de su cuenta individual RAIS (ver demanda en folios 3 a 19).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación pues se realizó con plena voluntad de la cotizante quien suscribió los formularios y respetando el marco legal vigente en esa época, escogió de manera libre y voluntaria el régimen al cual quería pertenecer. Afirma que la demandante se encuentra en la prohibición legal traslado pues le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Propuso como excepciones las denominadas: *inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 60 a 69 del plenario).

También contestó la demanda la sociedad OLD MUTUAL S.A. mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que PORVENIR S.A. fue quien realizó el traslado inicial de régimen de la demandante. Afirma que la actora no allega prueba siquiera sumaria que sustente la nulidad o ineficacia pretendida, y que no ocurrió error algún o de hecho pues la demandante continuó realizando aportes en pensiones al RAIS y realizó varios traslados horizontales entre AFP's. Advierte que se cumplieron los requisitos legales vigentes para la fecha en que la demandante se trasladó de régimen, dentro de las cuales no se encontraba el deber de información alegado por la parte demandante en el presente proceso, que surgió con la expedición del decreto 1748 de 2015 y la Ley 1748 de 2015. Propuso como excepciones: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* (ver contestación en folios 98 a 122).

Igualmente contestó la demanda la AFP PORVENIR S.A, mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante goza de validez y eficacia pues se hizo por voluntad libre de la demandante previa asesoría adecuada, suficiente y oportuna según la exigían las normas vigentes entonces. Indica que como acto de ratificación y por encontrarse satisfecha en lo que ofrecía el RAIS, la demandante decidió trasladarse a OLD MUTUAL. Propuso como excepciones las 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 la innominada o genérica* (ver contestación en folios 176 a 183 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de agosto de 2020, mediante la cual la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive tiene el siguiente tenor: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora LIBIA BARRERO CHÁVES identificada con la cédula 51.754.426 de Bogotá D.C. del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con NIT 800144331-3 realizado el 23 de enero de 1995 y, las posteriores afiliaciones con la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA de NIT 800148514-2 cuya última fue realizada el 7 de febrero de 2011 a esta última entidad conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante LIBIA BARRERO CHÁVES identificada con la cédula 51.754.426 de Bogotá al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES desde el 10 de febrero de 1987 hasta la actualidad sin solución de continuidad, esto es, como si nunca*

se hubiere trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. identificada con NIT 800148514-2 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LIBIA BARRERO CHÁVES identificada con la cédula 51.754.426 de Bogotá como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia. CUARTO: SALVEDAD al demandante las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. SEXTO: si no es apelada la presente decisión se REMITE el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que allí se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.” (CD 3 MIN 56:02)

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia estimó que la AFP PORVENIR S.A no demostró que hubiese suministrado información veraz, completa y suficiente sobre los beneficios, ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES aduce su apoderado que la normatividad aplicable para esa época del traslado bastaba la firma del formulario de afiliación para acreditar la voluntad del afiliado, y no existía la Ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 del 2015, que exigen doble asesoría a los afiliados. Insiste que declarar la ineficacia con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica y viola el debido proceso de COLPENSIONES ya que, sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de

una futura prestación, lo que afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema (CD3 HORA 1 MIN. 04:55)¹.

¹ “Gracias señora Juez, estando dentro de la oportunidad legal me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Bogotá en su Sala Laboral, en contra de la decisión que se acaba de adoptar por parte de este despacho el día de hoy en los siguientes términos. En primer lugar, manifestándole a los Honorables Magistrados reproche en cuanto a que el a quo al momento de su decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, se fundamentó en la falta del deber de información que según la Juzgadora de primera instancia pues tenía la AFP Porvenir S.A. al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pues esto pasando por alto que para esa fecha, enero de 1995, la realidad del momento según la normatividad aplicable para esa época era la Ley 100 de 1993 en la cual se indicaba que pues esa aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen pues se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva del formulario de afiliación suscrito y firmado por la demandante y que se encuentra dentro del plenario. Así mismo, pues cabe resaltar que para la fecha de la suscripción y firma del formulario, enero de 1995, pues no existía ni la Ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 del 2015, con los cuales pues nace esa obligación de las AFP de una doble asesoría a sus afiliados pues, así las cosas, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado y que en este asunto no es otra que la Ley 100 de 1993 como ya se dijo, entonces no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que pues el principio de legalidad y el debido proceso no consiste solamente en la posibilidad de defensa o en la oportunidad para interponer recurso sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la Constitución el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, pues así mismo Honorables Magistrados pues ese juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente ese debido proceso de Colpensiones que sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe afrontar ahorita mismo pues la carga de una futura prestación pues que se le otorgue a la demandante, esto en base a que pues no se tuvo en cuenta al momento de proferir sentencia el tan importante principio de la relatividad jurídica, esto en torno a que Colpensiones es un tercero en este asunto y es de recordar que los actos jurídicos en principio tienen solo efecto inter partes y las consecuencias que se deriven de la celebración de ese acto jurídico sólo debe repercutírsele a las partes involucradas, por lo cual, es de tenerse en cuenta que la entidad que represento no puede de ninguna forma ser favorecida y mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre la demandante y la AFP Porvenir en su momento. Ahora bien, en cuanto a que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP y pues esto al transpolar lo señalado por la Corte en las sentencias referidas por la Juzgadora de primera instancia, pues a este tipo de decisiones encontramos que hasta el año 2016 los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento, consentimiento del afiliado respecto del traslado, pues recordemos que ese traslado se dio hace 25 años por cuanto las leyes que surgieron pues entre el año 1994 y 2016 no exigen nada diferente al documento de afiliación donde consta la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad y es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de esa época se constituyen en una situación de carácter imposible. De igual forma, pues se evidencia una interpretación errónea del artículo 1604 del Código Civil pues la Corte Suprema dentro de la jurisprudencia objeto de análisis invierte de manera irracional y no ponderada la carga de la prueba, suscitando que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva toda vez que no exige al demandante o en este caso a la demandante pues aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS como así lo alega y obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en la AFP demandada sin que exista el menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante como se ha visto en este asunto. Finalmente pues y dicho lo anterior, pongo en consideración de los Honorables Magistrados que en este asunto pues la accionante nació el 27 de julio de 1963, a la fecha pues cuenta con un poco más de 57 años de edad y ha permanecido en el RAIS por más de 25 años por lo que la administradora colombiana de pensiones

En el recurso de OLD MUTUAL S.A., aduce que para la época del traslado las AFP'S no tenían las obligaciones y exigencias que fundamentaron la decisión de primera instancia, y es imposible exigir documentos que permitan validar que se presentó una simulación, un cuadro comparativo, o las diferencias entre los regímenes al momento del traslado de régimen pensional. Afirma que no se puede hablar de ventajas o desventajas de los regímenes pensionales, toda vez que cada uno cuenta con características diferentes y de ello se deriva la decisión del afiliado. De igual manera pide que no se ordene devolver los gastos de administración, pues se causaron y pagaron con fundamento en las

resulta lesionada con la decisión adoptada por el a quo, esto en cuanto a pues esa afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema que consagra el artículo 48 de la Constitución Política y que adiciona además el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005, donde reiteramos que el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 en el cual se hace esa prohibición expresa de que el afiliado no pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad pues mínima para tener el derecho a la pensión de vejez, no es eso un artículo caprichoso y tiene una razón de ser y es que pues al respecto debe entenderse que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer esa prohibición es proteger el fondo común, por medio del cual Colpensiones pues usa para pagar esas respectivas pensiones a las personas que cumplen con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y de esta forma pues no generar un desequilibrio patrimonial, de igual forma pues, debe tenerse en cuenta que esos recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema en estos momentos ni siquiera son suficientes para pagar las pensiones a su cargo y esto se sustenta pues en jurisprudencia como pues la sentencia C 1024 de 2004 y la C 062 de 2010, pues en el cual le resalto algo y es que allí se resalta que el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de cadencia en la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo mismo no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su registro económico pudiesen trasladarse de régimen cuando estuviesen próximas al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a las pensiones del resto de los cotizantes. Desde esta perspectiva pues si dicho régimen como es el de prima media se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, pues para que una vez cumplidos los requisitos de edad y semanas pueda obtener una pensión mínima independientemente de las sumas pues efectivamente cotizadas, permitir que una persona como lo es la demandante en el día de hoy por interés particular, próxima a la edad de pensionarse y que estuvo realizando sus aportes durante más de 20 años a otra entidad diferente como se da en este asunto se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás afiliados, resulta contrario no solo al concepto constitucional de equidad del artículo 95 sino también al principio de eficacia pensional. Ahora bien, Honorables Magistrados en el caso de llegarse a confirmar la decisión pues le solicito que se adicione a esa sentencia la condición de que pues esas condenas impuestas a Colpensiones a favor de la demandante, esto es, recibirla y activarla como afiliada, actualizar su historia laboral, entre otras, pues sólo se puedan hacer efectivas una vez cumplidas las obligaciones impuestas a Skandia en la sentencia, toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a esta sentencia hasta tanto la AFP pues reintegre los recursos y actualice la información de la demandante pues en las respectivas bases de datos, con lo anterior dejo sustentado mi recurso, pues reiterándole a los Honorables Magistrados se revoque la decisión proferida el día de hoy y en consecuencia absuelva a Colpensiones de cada una de las pretensiones en su contra, muchas gracias”.

normas vigentes, y las comisiones no son del afiliado ni hacen parte de los recursos pensionales; estima que obligar a la AFP a asumir los costos de administración constituye una violación al principio constitucional de buena fe y de confianza legítima (CD 3 MIN. 58:23)².

²*“Gracias su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida por su despacho, para que en segunda instancia el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral revoque la decisión proferida por el Juzgado 19 Laboral de Bogotá y en su lugar, absuelva a mi representada Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, me permito sustentar el presente recurso de apelación en los siguientes términos. En primer lugar, hay que destacar que no fue Old Mutual S.A. la AFP con la que la demandante consolidó su voluntad de trasladarse de régimen pensional, por lo tanto, mi representada actuó como un tercero de buena fe en el, respecto de su vinculación o su traslado de régimen pensional, una vez dicho esto se tiene que en el trámite del proceso de primera instancia se logró demostrar y se allegó al plenario formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A. en el año 1995, formulario que no fue desconocido o tampoco fue tachado de falso por la parte demandante, situación esta que deja o que da luces del traslado de régimen pensional y que el mismo fue plenamente válido, así las cosas, se tiene que para 1995 fecha en la que se realiza el traslado de régimen pensional, las AFP no tenían en su cabeza las obligaciones que hoy en día existen para ellas como lo son brindar una doble asesoría, el deber del buen consejo o incluso llegar a desanimar a los afiliados de las afiliaciones, se debe resaltar también que para 1995 el único documento que exigía la ley para consolidar dicha afiliación a cualquier régimen o a cualquier fondo de pensiones era el formulario de vinculación, por lo tanto, no es lógico y es un imposible jurídico que en la sentencia de primera instancia se señale que los fondos de pensiones principalmente Porvenir por ser con quien se consolidó el traslado de régimen pensional no aportó la documental que permita validar que se presentó una simulación, un cuadro comparativo o las diferencias entre los regímenes al momento del traslado de régimen pensional, toda vez que para 1995 no existía ninguna obligación de documentar la información que se brindaba en las asesorías, asesoría que cabe resaltar que como se colige del interrogatorio de parte surtido por la demandante, existió asesoría previa al momento del traslado de régimen pensional así como al momento de cada traslado dentro del RAIS, razón por la cual, no es cierto y no comparte este apoderado la postura que la demandante no conocía o no contó con la información clara, suficiente y verdadera para poder consolidar un traslado voluntario e informado toda vez que, con cada firma del formulario de vinculación iniciando con el del traslado de régimen pensional en 1995 y las posteriores hasta finalmente estar vinculada con Old Mutual S.A. en 2011, se consolidó la voluntad de la demandante de encontrarse afiliada al régimen de ahorro individual. Ahora, no puede hablarse de ventajas o desventajas sobre cada uno de los regímenes pensionales toda vez que cada uno cuenta con características diferentes que no hace a uno más ventajoso sobre el otro, razón por la cual afirmar que para el momento del traslado del régimen pensional a la demandante le era más favorable uno u otro régimen pensional no es acertado toda vez que para 1995, la demandante no contaba con una expectativa legítima de pensión por lo que no puede establecerse que para ese momento le era más favorable estar afiliada al régimen de prima media administrado en ese momento por el Instituto de los Seguros Sociales y hoy por Colpensiones, así las cosas, es claro entonces que la motivación que llevó a la demandante a impetrar la presente acción no es otra sino de carácter económico y no puede validarse dicha motivación como razón suficiente para invalidar o declarar la ineficacia de actos jurídicos que se celebraron con todas las exigencias legales establecidas para cada fecha de afiliación de la demandante. Respecto de la condena a gastos de administración impuesta por la Juez de primera instancia es importante recordar Honorables Magistrados que la comisión de administración está direccionada a retribuir la gestión que deben desarrollar las administradoras de pensiones que hacen parte del sistema general de pensiones, luego dicha comisión no es del afiliado porque es la contraprestación a la AFP, debe recordarse también Honorables Magistrados que dicho descuento por gastos de administración está vigente tanto en el RAIS como en el régimen de prima media pues la ley dispone dicho porcentaje a favor de la AFP, esto es así, ordenar que se devuelva por el porcentaje por comisión de administración es generar un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones y un pago de lo no debido, pues en relación con los aportes pensionales que ha tenido a cargo mi representada*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

desde el año 2011 no realizó gestión alguna, lo anterior de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 donde se indica que la comisión de administración no hace parte de los recursos pensionales dirigidos a financiar las prestaciones económicas que puedan causarse con el cumplimiento de los requisitos legales, razón por la cual no es dable que se ordene a mi representada a trasladar los gastos que descontó por concepto de administración. La AFP en cumplimiento de las disposiciones normativas realizó una adecuada gestión de la cuenta de ahorro individual, entre otras, cumplió con generar una rentabilidad acorde a las directrices legales y de la Superintendencia Financiera, rentabilidades que en virtud de la ineficacia de la afiliación al RAIS se ordena trasladar a Colpensiones, por lo que en la aplicación de las restituciones mutuas no es procedente ordenar a la AFP asumir el valor de los costos de administración pues se constituye en una violación al principio constitucional de buena fe, confianza legítima, porque se ordena judicialmente devolver una suma que tiene un titular definido legalmente, así las cosas y quedando claro que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para declarar una ineficacia de la afiliación, solicito a los Honorables Magistrados se revoque la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral de Bogotá y en su lugar absuelva a Old Mutual S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, muchas gracias”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 32 años de edad y había cotizado 234.43³ semanas, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (4 años, 3 meses y 7 días), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala

³ Ver cédula de ciudadanía e historia laboral actualizada de COLPENSIONES a folios 20 y 40. El Cd 1 allegado por COLPENSIONES que contiene expediente administrativo se encuentra ilegible.

Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{4 5}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 (entre otras).

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

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

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

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

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

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

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información se debe cumplir con tal diligencia que *“permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Además, en el criterio de Corte, la eficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo, o por posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 23 de enero de 1995 con efectividad el 01 de febrero de 1995 a PORVENIR S.A, 11 de abril de 2005 a OLD MUTUAL S.A, 27 de enero de 2006 a PORVENIR S.A, 19 de septiembre a OLD MUTUAL , el 23 de octubre de 2009 a PORVENIR S.A – y finalmente retornó el 7 de febrero de 2011 a SKANDIA -OLD MUTUAL - AFP a la que se encuentra actualmente afiliada ver historia laboral consolidada de afiliaciones, formularios de afiliación y SIAFP (folios 33 a 39, 123, 125, 128 y 185).

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

COSTAS en la apelación a cargo de OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE CLARA INÉS MARIÑO PINTO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la misma entidad, COLPENSIONES, la sentencia dictada el 31 de agosto de 2020 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CLARA INÉS MARIÑO PATIÑO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad del traslado y afiliación del RPM al RAIS, con fundamento en que no obedeció a una decisión informada pues no le indicaron a la demandante los riesgos y consecuencias

negativas del traslado del régimen pensional. Advierte que presentó afiliación al ISS, hoy COLPENSIONES, el 10 de julio de 1994, después de permanecer afiliada a CAJANAL, que aparece afiliación a COLFONDOS desde el 1° de octubre de 1994, y que el 3 de octubre de 2008 solicitó su retorno al ISS, hoy COLPENSIONES, pero no obtuvo respuesta. Como consecuencia de lo anterior pide que se ordene la activación de la afiliación en el RPM administrado por COLPENSIONES y se trasladen a dicha entidad todos los aportes junto con sus rendimientos (ver demanda en las páginas 1 a 15 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la decisión de traslado de régimen fue libre, voluntaria y autónoma, pues a la demandante no se le hizo incurrir en error por faltas en el deber de información, no hubo vicio del consentimiento, ni la demandante manifestó inconformidad durante la afiliación, y no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010 para solicitar el retorno al RPM en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de fondo: *descapitalización del Sistema Pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 48 a 80 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de la demandante al RAIS ocurrió en virtud de su derecho a la libre escogencia del régimen pensional, después de que los asesores comerciales de COLFONDOS le brindaron una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones del traslado de régimen, las características, funcionamiento y las diferencias entre ambos regímenes. Advirtió que, en caso

de prosperidad las pretensiones de la demanda, no se puede condenar a la devolución de los aportes netos, es decir, sin efectuar descuentos por concepto de prima previsional, del cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y de la comisión por el manejo de aportes obligatorios, pues son de consagración legal. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago* (ver contestación en folio 95 a 109 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 31 de agosto de 2020, mediante la cual el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual efectuado por la señora CLARA INES MARIÑO PINTO a COLFONDOS S.A realizado el primero de octubre de 1994, conforme a lo considerado por la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES, empresa industrial y comercial del estado. TERCERO: ORDENAR a la sociedad COLFONDOS S.A O FONDOS DE PENSIONES Y CENSATÍAS devolver la totalidad aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada CLARA INES MARIÑO PINTO junto con los rendimientos financieros causados con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES empresa industrial y comercial del estado, y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. CUARTO. CONDENAR en COSTAS a la demandada COLPENSIONES a favor de CLARA INES MARIÑO PINTO. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a dos salarios*

mínimos legales vigente. QUINTO: Si la presente decisión es o no apelada, remítase al TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, ello por cuanto fue condenada COLPENSIONES, entidad y sistema de pensiones de la cual la nación es garante” (CD 1, audiencia virtual, hora 1, minuto 28:33).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, y concluyó que la AFP no demostró que el traslado de régimen hubiese estado precedido de un consentimiento informado pues no se demostró que se hubiese brindado información completa y suficiente para el momento del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, se le exonere del pago de costas, por haber actuado de buena fe, y de forma subsidiaria, pide que se ordene a la AFP el reintegro de la totalidad de la cotización. Afirma que la selección del RAIS fue ejercido por la demandante en atención al principio de libre escogencia de régimen pensional, y no puede alegar, al llegar a la edad de pensión, que no hubo una asesoría o que no fue informada sobre las ventajas y desventajas con el cambio de régimen. Advirtió que la demandante tenía la obligación de informarse, por tratarse de un consumidor financiero, y que el desconocimiento de ley no sirve de excusa. Además, manifiesta que las sentencias judiciales dictadas en materia de ineficacia de la afiliación, quebrantan el principio de sostenibilidad financiera del establecido en el artículo 48 de la Constitución Política (audiencia virtual, hora 1, minuto 16:28)¹.

¹ “Gracias señoría, interpongo recurso de apelación contra la sentencia que profiere este despacho para que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá lo revise y revoque íntegramente este fallo con base en lo siguiente, en primer lugar, no comparte este apoderado el análisis de las pruebas aportadas dentro del proceso, tanto las pruebas documentales como específicamente el interrogatorio de parte que absolvió la demandante. Indica la señora Juez que en su criterio pues los fondos de pensiones demandados no aportamos ningún medio de convicción del cual se pueda deducir que efectivamente, se cumplieron con las obligaciones legales y se dio la información correspondiente a la demandante para que ella tomara una

decisión consciente y voluntaria para optar por el traslado de régimen pensional, situación de la que difiere este apoderado por varias razones; en primer lugar, porque la única exigencia normativa para el momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional era la suscripción del formulario de vinculación, eso no quiere decir que no existiera el deber de información desde la misma creación de la Ley 100 del 93 sino que ese deber de información ha tenido un desarrollo jurisprudencial y normativo incluso con las exigencias que existen hoy en día como el tema de la doble asesoría y elaborar las simulaciones y proyecciones pensionales, pero para el momento del traslado no existían tales exigencias, de forma que pretender que los fondos de pensiones aporten medios de prueba así no sean documentales sino medios probatorios como testimoniales como lo indica la señora Juez en su fallo, pues resulta imposible de acreditar toda vez que en ese momento únicamente se hacía la asesoría de forma verbal, no se documentaba ningún aspecto de dicha asesoría y se firmaba el formulario y la vinculación quedaba plenamente legalizada. Adicionalmente el despacho no tuvo en cuenta varias cosas, uno, la demandante es abogada y aunque a juicio del despacho sea esta una situación que no cobra relevancia, en la sentencia SL 14... del 2019 en el salvamento del Magistrado Quiroz Alemán él hace alusión a que para efectos de analizar los temas de nulidad e ineficacia debe verificarse quién es la persona que invoca la respectiva acción, él pone un ejemplo que no es lo mismo un congresista a un campesino que es iletrado y opta por el traslado, como en este caso no es lo mismo una abogada como la demandante a una persona leiga que no conoce de leyes. En este caso si bien es cierto puede que la demandante no sea experta en pensiones, si es una abogada y sabe perfectamente cuáles son las condiciones y cuáles son las consecuencias de suscribir un contrato, celebrar un acto jurídico y cuáles son las consecuencias que eso puede conllevar, además que la demandante contaba con elementos de juicio para cuestionar la información que le estaba brindando el asesor y según su dicho, pues ella quedó tan convencida de lo que le dijo el asesor pues que optó por trasladarse, igualmente pues, acá tampoco se analizó que es la misma demandante la que confiesa varias cosas, uno, que el asesor de Porvenir hizo unos cuadros comparativos en el cual le explicó a ella cuál era el posible monto de su mesada pensional, si bien es cierto no era una exigencia de la época, según lo confiesa la demandante, existió dicha proyección pensional. Adicionalmente, pues el despacho dice que hubo hechos o situaciones que se acaecieron con posterioridad al acto de afiliación y que a juicio del despacho, pues no tiene trascendencia porque lo que importa es verificar lo que pasó el día de la afiliación, si bien eso es parcialmente cierto, este apoderado considera que de conformidad a la sentencia SL 413 del 2018 de la Corte, hay actos de correlacionamiento en cuanto a la voluntad de permanecer en uno u otro régimen pensional que tienen los afiliados, en este caso la demandante en el año 2008 suscribe un formulario de pensiones voluntaria, lo que claramente pues demuestra una intención de permanecer en dicho régimen pensional, no obstante, que no haya realizado ningún pago por tal concepto solicitó información sobre la posibilidad de hacer aportes voluntarios y suscribió el respectivo formulario. Adicionalmente, en ese formulario se evidencia que le dieron información sobre cuotas de administración, sobre programas y servicios de la administradora de pensiones, incluso se habla que se le hizo entrega de un plan de pensiones y ella firmó ese formulario de forma que debe presumirse que efectivamente dicha información fue entregada porque eso no fue desvirtuado en este proceso, y, en tercer lugar, la misma demandante confesó que antes de cumplir los 47 años el fondo de pensiones la llamó y le dijo que se trasladara al régimen de prima media porque era el régimen que probablemente más le beneficiaba, la demandante de forma libre y voluntaria optó por permanecer en el régimen de ahorro individual, de forma que no tiene ningún sentido que cuando tuvo la posibilidad de trasladarse no solo porque la Ley 797 del 2003 estableció un periodo de gracia del traslado sin importar las condiciones particulares de cada afiliado, sino porque el mismo fondo de pensiones al cual está afiliado le dice que se traslade, ella opta por permanecer en el régimen de ahorro individual, no tiene ningún sentido que después de doce años de esa posibilidad pues ella pretenda ahora sí retornar al régimen de prima media sobre la base que ella considera que la mesada pensional que le va a otorgar Porvenir, no satisface sus necesidades porque en el fondo del asunto de conformidad a la demanda, básicamente el perjuicio atribuido al fondo de pensiones es el monto de la mesada pensional que la demandante no está conforme con ella, situación que a juicio de este apoderado tampoco es un aspecto a considerar teniendo en cuenta que los precedentes de la Corte Suprema en ningún momento han establecido la diferencia de la mesada pensional de uno u otro régimen pensional o la frustración en la expectativa pensional que tenga un afiliado, como una causal suficiente para

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

pretender que se anule o se declare ineficaz una afiliación a un régimen pensional determinado. Por todas esas razones señoría yo solicito a la Sala Laboral de Tribunal Superior de Bogotá, revoque íntegramente el fallo proferido por su despacho y en consecuencia absuelva a Colpensiones de las condenas impuestas, gracias”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 34 años de edad, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años, 8 meses y 7 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado la edad de pensión (tenía 59 años – ver folios 16 y 35).

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

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

² Según constancia laboral emitida por el INPEC – obrante a folio 20.

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

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

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y*

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que los asesores comerciales de COLFONDOS le hayan brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que le dijeron que se iba a pensionar muy joven y con una muy buena pensión, y que le ofrecieron un 1% más de rendimiento para que se pasara antes del mes de diciembre de 1994 (audiencia virtual, minuto 15:56). En las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación de la actora con el paso del tiempo.

Cabe advertir que el traslado de los aportes se debe efectuar a COLPENSIONES, pues así se pidió en la demanda y esta entidad (vinculada válidamente al proceso) no propuso excepción alguna frente a los hechos expuestos. Si bien las pruebas aportadas al plenario no dan claridad de si la

administradora en la que estaba afiliada la demandante para el momento del traslado era el ISS o CAJANAL, de todas formas y en gracia de discusión, el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009 impuso a CAJANAL en Liquidación el deber de adelantar las acciones que fueran necesarias para trasladar a los afiliados cotizantes que no hubiesen cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez dentro del mes siguiente a la vigencia de dicho Decreto (es decir, para el 12 de julio de 2009), al ISS, hoy COLPENSIONES.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en el RAIS, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Finalmente, se confirmará la condena en costas a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y pierde el proceso o la instancia, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en folios 48 a 80).

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de CLARA INÉS MARIÑO PINTO en el RAIS, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; y para **DECLARAR** que puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE CÉSAR HELBER MUÑOZ ROMERO CONTRA
LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –
UGPP**

Bogotá D. C., treinta (30) días de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia dictada el 25 de agosto de 2020 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se ABSOLVIÓ a la UGPP de pagar en favor del demandante pensión sanción o de jubilación por despido sin justa causa.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CESAR HELBER MUÑOZ ROMERO presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que su vinculación laboral en la extinta TELECOM terminó por decisión unilateral del empleador sin justa causa. Como consecuencia de lo anterior pide: (i) el reconocimiento de la pensión sanción o de jubilación por despido injusto de que trata en el numeral 2°, artículo 74, del Decreto 1848 de 1969, y el pago indexado de las mesadas causadas desde el momento en el

que cumplió 50 años de edad, con los intereses moratorios que dispone el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; y (ii) indemnización por la terminación sin justa causa establecida en el artículo 51 del decreto 2127 de 1945, junto con la indemnización moratoria prevista en el artículo 52, parágrafo 2°, inciso final del Decreto 797 de 1949.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que prestó servicios para la extinta TELECOM durante 12 años, 7 meses y 4 días, entre el 1° de julio de 1982 y el 1° de abril de 1995, los que sumados a los tiempos de servicios prestados a la FFMM y al MINISTERIO DE SALUD, completan 15 años, 2 meses y 7 días de servicios a entidades del sector público. Por ello considera que tenía el tiempo de servicio que exigen las normas para el derecho reclamado en el año 1995.

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que TELECOM se liquidó por una situación de fuerza mayor, lo que la exonera de cualquier responsabilidad, y de todas formas, el empleador cumplió su obligación de afiliación y pago de aportes a seguridad social, y por ello no habría lugar al reconocimiento de la pensión. Además, advirtió que la acción para reclamar la declaración de despido sin justa causa se encuentra prescrita, y que la norma que regula la pensión sanción del demandante es el artículo 133 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones: *cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la genérica o innominada* (ver contestación en folios 181 a 189 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de agosto de 2020, a través de la cual el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la UGPP. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL –UGPP, de todas y cada una de las pretensiones o*

suplicas de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la parte vencida en juicio, es decir a la parte actora. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a medio (1/2) salario mínimo mensual legal vigente. TERCERO: De no ser apelada, remítase al Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada a través del grado jurisdiccional de consulta, ello por cuando la misma fue completamente desfavorable a los intereses del trabajador demandante” (audiencia virtual, minuto 40:39).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que se encuentra prescrita la acción para declarar que la vinculación del actor en la extinta TELECOM terminó por decisión unilateral del empleador por despido sin justa causa sin justa; que la norma aplicable al derecho pensional es el artículo 133 de la Ley 100 de 1993; que los trabajadores de TELECOM se encontraban afiliados al Sistema General de Pensiones en CAPRECOM, y se pagaron los aportes a favor de estos; y de todas formas el retiro del trabajador fue de mutuo acuerdo.

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

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que el demandante prestó sus servicios a la EMPRESA NACIONAL DE TELECOMUNICACIONES – TELECOM entre el 1° de julio de 1982 y el 31 de marzo de 1995 (ver folio 15), ni que mediante acta de conciliación suscrita el 23 de febrero de 1995, las partes dieron por terminada la relación laboral de *común acuerdo* (ver folios 5 a 8 del expediente digital, documentación aportada por la parte demandante). En este proceso el demandante pretende que se declare que la vinculación laboral con la extinta

TELECOM terminó por despido sin justa causa, y con base en ello se reconozcan derechos pensionales.

El Tribunal estudiará las circunstancias bajo las cuales tuvo lugar la terminación de la vinculación del actor únicamente para establecer si se cumplieron los requisitos de acceso a los derechos pensionales que reclama (pensión sanción o pensión de jubilación por despido sin justa causa), pues tratándose de las indemnizaciones que derivarían de dicha declaración su reconocimiento sería improcedente, si se tiene en cuenta que la UGPP solo asumió obligaciones pensionales de TELECOM, conforme el Decreto 2408 de 2014, y la terminación de la relación laboral tuvo lugar el 31 de marzo de 1995 (ver folios 5 a 8) por lo cual la acción para el reclamo de otros derechos se encuentra prescrita (artículos 488 del CST y 151 del CPT y ss).

Para desatar la alzada y dado que el vínculo laboral terminó el 31 de marzo de 1995, la norma aplicable es el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 vigente entonces (el SGP en el caso del actor inició el 1° de abril de 1994 –ver formulario CLEPB No. 1), La situación jurídica de la cual se derivaría la prestación reclamada se *consolidó* el día del retiro. Se encontraban entonces derogadas las normas que sustentan las pretensiones de la demanda (el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 8 de la Ley 171 de 1961), materia sobre la cual se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹.

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia del 4 de octubre de 1996, radicado N° 8692, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. “*En virtud de la normatividad actualmente vigente, que, como bien lo observa la impugnación no es otra diferente a la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias y complementarias, sólo subsiste el derecho que se examina para los trabajadores no afiliados al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador y, lo previsto en el inciso tercero del artículo 133, no deja duda de que se aplica únicamente al trabajador que no reúne los requisitos para acceder a la pensión de vejez. O sea que, al igual que las normas que le precedieron, su teleología conduce a que el derecho a la pensión sanción está consagrado para los trabajadores que, por culpa del empleador, no alcancen a cumplir los requisitos mínimos indispensables para disfrutar de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, (el demandante puede reclamarla cuando acredite haber cumplido los 60 años de edad de conformidad con el artículo 33 de la misma Ley), régimen al cual le son aplicables “las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros*”

Bajo las reglas que corresponde aplicar, no se causó del derecho reclamado, pues el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 asigna para los “*trabajador[es] no afiliado[s] al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea[n] despedido[s] después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos*”, el “*derecho a que dicho empleador lo(s) pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido*”.

A partir del año 1994, la pensión restringida de jubilación sanciona la conducta del empleador que, además de omitir el deber de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Seguridad Social, los despide sin justa causa con más de 15 años de servicios.

Ninguna de estas situaciones se demostró ocurrida, pues para el momento de terminación del contrato el demandante tenía 12 años, 7 meses y 22 días de servicios prestados a la extinta TELECOM, se encontraba formalmente afiliado al Sistema de Seguridad Social en pensiones en la extinta Caja de Previsión Social de CAPRECOM (como se observa en el formulario CLPEB No 1 aportado por la parte actora (folio 15, expediente digital), y la terminación de la vinculación ocurrió por *mutuo acuerdo* y previa conciliación celebrada el 23

Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones” contenidas en la Ley 100 de 1993 (art.31).

En síntesis, aun cuando la acusación del impugnante es fundada en cuanto a que el fallo del Tribunal ignoró la norma aplicable al caso controvertido, el cargo no puede tener prosperidad toda vez que, como Tribunal de Instancia, la Corte llegaría a la misma decisión, luego de reiterar la orientación jurisprudencial anotada, frente al artículo 133 de la Ley 100 de 1993, puesto que no existen motivos para su modificación o rectificación sino que, por el contrario, la finalidad de la pensión sanción sigue siendo la de impedir que, con el despido sin justa causa, quede trunco para el trabajador el derecho a obtener su pensión de vejez cuando ha laborado diez años ó más para el mismo empleador y no lo hubiere afiliado a la seguridad social”.

de febrero de 1995 cuya validez no fue atacada por el demandante (folios 5 a 8).

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas, advirtiendo que el riesgo de vejez del demandante se encuentra a cargo del Sistema de Pensiones, y que los tiempos servidos y no cotizados por quienes fueron empleadores estarán representados en Bonos pensionales, asunto sobre el cual no se expusieron hechos ni pretensiones en la demanda que dio inicio a este proceso.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LIBIA MERY REINA CORREAL CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Bogotá D. C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante, por COLPENSIONES y por la AFP COLFONDOS S.A., y para estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 7 de septiembre de 2020 por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LIBIA MERY REINA CORREAL presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 28 de junio de 1996. Señala que inicialmente estuvo afiliada a CAJANAL, posteriormente a FONPRENOR y después de una inadecuada información, se afilió a COLFONDOS S.A, quien a través de un asesor omitió brindarle información clara, cierta y oportuna al momento de suscribir el formulario de su traslado y no le indicó las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento pensional al RAIS, no le informó las desventajas de su traslado, y en el caso

particular que por ser beneficiaria del régimen de transición perdería dicho régimen. Pide que se le ordene a la AFP devolver el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual, bonos, cotizaciones, rendimientos devengados durante todo el tiempo en que estuvo afiliada a al RAIS; se ordene a COLPENSIONES activar la afiliación al RPM; y se condene a la AFP a pagar perjuicios morales. De manera subsidiaria que se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó del RAIS al RPM, se ordene a la AFP devolver a COLPENSIONES el monto total de los aportes y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que estuvo afiliada a dicho fondo, se condene por los perjuicios morales, y las costas del proceso (ver demanda en folios 4 a 25 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones principales de la demanda con fundamento en que no ocurrieron las falencias de información que aduce la demanda por falta de información, ni vicios del consentimiento pues no se aportó nota de protesto que permita inferir que hubo inconformidad de la actora durante la permanencia en el RAIS, por el contrario, con el formulario de afiliación se prueba que la decisión de traslado se hizo de manera libre y voluntaria. Por las mismas razones se opone a las pretensiones subsidiarias, y al pago de costas, pues COLPENSIONES siempre ha actuado en estricto cumplimiento de orden legal y nada tuvo que ver con la decisión tomada por LIBIA MERY REINA. Propuso como excepciones las denominadas: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 94 a 113 del plenario).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A, también contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no hay ninguna causa legal para declarar la nulidad o la ineficacia del traslado por

cuanto el traslado se concretó en un acto jurídico válido. Afirma que a la demandante se le brindó de manera integral toda la información pertinente sobre las características, implicaciones, ventajas y desventajas del traslado al RAIS, y sobre la rentabilidad que generan los aportes en la cuenta individual. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de a la afiliación al RPM, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar el traslado, compensación y pago y la innominada o genérica* (folios 114 a 145)¹.

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de septiembre de 2020, mediante la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la señora LIBIA MERY REINA CORREAL al régimen de ahorro individual dada el veintiocho de junio de 1996 con fecha de efectividad a partir del primero de agosto de 1996 por intermedio COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y en consecuencia, DECLARAR como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna de concepto de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora LIBIA MERY REINA CORREAL con destino a COLPENSIONES, para ello se le concede el término de un mes. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral. CUARTO: NO ACCEDE a las demás pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en esta decisión.*

¹ Por no subsanar la contestación se TUVO POR NO CONTESTADA. Sin embargo, en audiencia artículo 77 del CPT se repuso el auto y se TUVO POR CONTESTADA LA DEMANDA. (folio 154 vto y cd 6 minuto 13:56).

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas conforme a lo motivado. SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS fijando como agencias en derecho la suma de \$1.200.000, SIN COSTAS frente a COLPENSIONES. SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión con el Superior por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.” (CD 6 HORA: 1 MIN 21:03)

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó apoyada en sentencias de la Corte Suprema de Justicia, que el deber de información al momento del traslado entre regímenes es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prevenir los riesgos y efectos negativos de esa decisión. Estimó que COLFONDOS no logró acreditar que la actora hubiese recibido información suficiente para tomar una decisión informada sobre el cambio de régimen pensional, pues no se probó que el acto jurídico estuviera precedido de ilustración sobre condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado. Agregó que el formulario suscrito no tiene la virtud de lograr el convencimiento en el Juzgador de que efectivamente se haya cumplido con el deber de información, y que si bien la actora se encontraba afiliada a FONPRENOR² entre el 1 de febrero de 1994 y el 31 de agosto de 1996, antes del traslado de régimen, también lo es que esa entidad fue liquidada (Decreto 1668 de 1997) y por ello conforme a lo estipulado en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 que estableció al ISS hoy COLPENSIONES como administrador general del régimen pensional de prima media con prestación definida, procedía la activación de su afiliación en esta entidad. No

² Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro “Fonprenor” era un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Justicia con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, dedicada a la seguridad social y, que se organizaba conforme a lo dispuesto en los Decretos-ley 1050 y 3130 de 1968 y la Ley 86 de 1988. Dentro de sus funciones estaba la de Atender el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales que le correspondían a las entidades de previsión y a que tenían derecho los empleados de la Superintendencia de Notariado y Registro, los notarios, los empleados de las notarías, los Registradores de Instrumentos Públicos, los empleados de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, del Fondo Nacional de Notariado y del Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro. El Fondo de Previsión de Notariado y Registro fue suprimido y liquidado conforme a lo establecido en el Decreto 1668 de 1997

encontró probados perjuicios y no condenó en costas a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que no tuvo injerencia en el negocio jurídico celebrado por la actora y la AFP.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de la demandante solicita que se condene en costas a COLPENSIONES pues se opuso a las pretensiones de la demanda y resultó vencida, conforme lo establece el artículo 365 del CGP (CD 6 HORA 1: 22:22)³

En el recurso de COLFONDOS S.A. pide únicamente que se revoque la condena a la devolución de los gastos de administración, y la condena en costas. Pide tener en cuenta que la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante por este concepto se realizó por una disposición legal, válida, exigible y vigente, no por capricho la AFP. Aduce que estas comisiones ya fueron pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante. Insiste que los rendimientos se generaron por la buena gestión y administración, y son exclusivamente generados en el RAIS, lo que permite concluir que si el demandante hubiese estado afiliado al RPM no los hubiese obtenido (CD 6 HORA 1 MIN 23:27)⁴.

³ *“Muchas gracias señora Juez, por cuestiones de conexión voy a dejar la cámara apagada por favor si me lo permite y de manera respetuosa me permito interponer el recurso de apelación de manera parcial, frente a la decisión del despacho de no condenar en costas procesales a Colpensiones, toda vez que Colpensiones parte demandada y parte vencida igualmente dentro del presente proceso, se opuso de manera activa a las pretensiones de la demanda, inclusive aún más que Colfondos al interrogar de parte, en síntesis, se opuso de forma muy activa a la demanda y adicionalmente es, las costas son una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional y de la controversia surtida en estas instancias judiciales y adicionalmente debe recordarse, que tal como lo estipula el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso se condenará en costas a la parte vencida dentro del mismo, entonces bajo este entendido solicito al Honorable Tribunal se sirva revocar la decisión de no condenar en costas a Colpensiones y en ese sentido dejo sustentado la apelación, muchas gracias”.*

⁴ *“Gracias su señoría, por encontrarme dentro de la oportunidad procesal pertinente de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia en lo relacionado a la condena impuesta a Colfondos en la devolución de los gastos de administración, así mismo a las costas procesales que me permito sustentar de la siguiente manera y es en señalar, que los gastos de administración se encuentran contemplados en el artículo 104 de la Ley 100 del 93 y los mismos se encargan de regular el cobro de dichas comisiones en razón a que en el RAIS se administran los recursos privados y públicos*

En el recurso de COLPENSIONES, aduce su apoderado que no se demostró ineficacia del traslado de la demandante, pues para la época en que se suscribió no existía la obligación legal de documentar la asesoría del traslado, y exigir a los fondos de pensiones que alleguen medios de convicción diferentes a la suscripción del formulario resulta una carga imposible de cumplir. Dice que la afiliada tenía también el deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez, que no estaba disminuida su capacidad para celebrar actos y contratos y de su elección dependía su futuro pensional, y si fue negligente y no regresó oportunamente no puede ahora alegar la ineficacia del acto. Afirma que si en gracia de discusión existiera algún vicio en el traslado de régimen, ocurrido en junio del año 1995, conforme al artículo 1750 del Código Civil no fue alegado dentro de la oportunidad pertinente y se debe tener ratificado tácitamente el acto, lo que sana cualquier nulidad que hubiere podido existir. Indica que el error de derecho no es causal de nulidad, y afirma que la actora no tenía ningún derecho adquirido o expectativa legítima frente a un derecho pensional cuando tomó su decisión libre y voluntaria (CD 6 HORA 1 MIN 25:12)⁵.

destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, por lo anterior, esta defensa no comparte la decisión del despacho por cuanto el permanecer en el RAIS le permitió a la demandante tener rendimientos respecto de esos dineros que cotizaba en su cuenta de ahorro individual por lo que así las cosas y en razón a la ineficacia del traslado deprecada por el despacho, también sería pertinente que se hubiese ordenado la devolución de dichos rendimientos en los cuales se ha beneficiado la demandante como quiera que de tener esas cotizaciones en el régimen de prima media no hubiese sido posible obtener rendimientos respecto a esos dineros como quiera que esa no es la funcionalidad del régimen de prima media, si bien le solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se absuelva a mi representada Colfondos S.A. de la condena impuesta por costas y agencias en derecho, de esta manera su señoría, dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias”.

⁵ “Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal oportuna me permito interponer el recurso de apelación contra el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en el cual me permito sustentar para que se revoque la sentencia en todos sus numerales el cual me permito sustentar, para la sustentación me voy a permitirme citar fallos recientes del Honorable Tribunal Superior de Bogotá sin ser reacio al criterio que tuvo la Honorable Juez que es el que está vigente en la Honorable Corte Suprema de Justicia, sin embargo, referente a estas Salas iniciaré por citar una sentencia dentro del proceso del Juzgado diecinueve, 2018 445 de agosto del 2020 en donde el Honorable Magistrado David Correa Steer manifestó lo siguiente “lo anterior sin pasar por alto que en la actualidad existe un criterio jurisprudencial mayoritario no unificado de nuestro órgano de cierre en relación con la temática que hoy absorbe el conocimiento de esta Sala, por lo que se considera que el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional toda vez que no encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta

que desde su elección dependería su futuro pensional, aquí como se vio como lo manifestó en el interrogatorio de parte el demandante fue negligente frente a este aspecto, que decidió voluntariamente cambiarse de régimen contando con la oportunidad de trasladarse nuevamente al régimen en los términos dispuestos en la Ley 797 del 2003 antes de que le faltaren diez años o menos para arribar a la misma edad pensional, sin gracia de discusión, la existencia del vicio alegado en el traslado de régimen ocurrido en junio del año 1995 el mismo tuvo que ser advertido en esta oportunidad ante la información brindada por lo que indefectible partir de esa fecha debió contarse el plazo de cuatro años con el que contaba el afiliado para pedir la rescisión del acto jurídico del traslado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil y como no lo hizo, este hecho debe tenerse como una ratificación tácita del acto con lo que sana cualquier nulidad que hubiere podido existir". En concordancia con lo manifestado por el Honorable Magistrado Lorenzo, en el que el Honorable Magistrado Lorenzo Torres Russi en el que manifestó lo siguiente como conclusión en un fallo también del pasado trece de agosto del año 2020 Juzgado doce 2017 641 en el que concluyó "bajo las anteriores premisas y con fundamento en los pronunciamientos citados resulta sustentable afirmar en síntesis que la afiliación del sistema general en pensiones es un acto jurídico unilateral y de adhesión a las condiciones previstas en la ley para RPM y RAIS, con que la afiliación no tiene naturaleza contractual, que la elección debe ser libre y voluntaria, que las contingencias y obligaciones originadas en el acto de afiliación están contenidas en la ley y pueden ser modificadas por el legislador cuando la circunstancia lo amerite, que la elección de un régimen pensional tiene por objeto escoger una forma de financiar la pensión y no un monto pensional, que la determinación de condiciones pensionales y expectativas de un monto pensional al momento de la afiliación no es posible, que no hay posibilidad de señalar como mejores unas que otras al momento de la afiliación, que los afiliados a la seguridad social no ostentan un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las cause, que las condiciones de afiliación a un régimen son un asunto de orden legal y no constitucional". Para finalizar mis citas una conclusión de la Honorable Magistrada Rhina Escobar en la que manifestó "se consulta entonces esta Colegiatura cuáles fueron esas consecuencias que se anuncian como no advertidas a la demandante ora las desventajas de trasladarse a un régimen si se insiste se encontraba en plena formación del derecho pensional, sería prudente suponer que el trabajador que decidió su traslado siempre tendría el mismo ingreso o que ésta sería superior, que nunca tendría hijos o si conformaría matrimonio o una unión marital de hecho, pues la respuesta es negativa a estos interrogantes porque de pensar en ello sería autorizar a los juzgadores que edifiquen sus fallos en suposiciones que contrarían nuestra seguridad jurídica y debido proceso". En atención a estas tres citas jurisprudenciales del Honorable Tribunal Superior de Bogotá y lo ya manifestado por este apoderado judicial en los alegatos de conclusión, ruego al Honorable Tribunal Superior de Bogotá tenga en cuenta lo siguiente, que primero, con el traslado de la demandante no se incurrió en ninguna prohibición legal pues se hizo de conformidad al literal b y e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en concordancia al Decreto 692 del 94 y 663 del 94, igualmente a la fecha que la demandante realizó el traslado, esto es, el año 1996 a la AFP Colfondos la demandante no tenía ningún derecho adquirido o expectativa legítima frente a un derecho pensional como lo afirmó en su interrogatorio de parte una mesada pensional determinable a ese momento, tercero porque el error de derecho no es causal de nulidad de los actos que generan derechos y obligaciones conforme al artículo 1509 del Código Civil en concordancia al artículo 9 que aquí resalto, que el FONPRECON pues al haberse liquidado se le daba aplicación directa al artículo, al Decreto, Decreto 813 de 1994 en su artículo sexto numeral segundo literal a, en donde los afiliados a estas Cajas extintas pasarían a ser afiliados del Instituto de Seguros Sociales, e igualmente cuarto, por la voluntad de permanencia que permaneció en el régimen de ahorro individual de conformidad al artículo 1502 y 1504 que se deben tener como ratificaciones, igualmente por la indebida o errónea interpretación que se le da al artículo 1604 del Código Civil pues no nos encontramos frente a una aplicación expresa de la responsabilidad del deudor por lo cual la carga de la prueba a los fondos sería desproporcional, igualmente probar una información de manera oral sería obligar a lo imposible a los aquí demandados como Colpensiones pues esto ocurrió hace veinticuatro años, por lo cual, probar una asesoría verbal que pasó hace veinticuatro años es algo imposible de probar y por último, pues esto lo que genera en la descapitalización del sistema a la luz de la sentencia SU 062 de 2010 en el cual se manifiesta la necesidad de permanencia mínima de diez años para poder financiar el sistema pensional

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

que administra la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, en este sentido su señoría, dejo sustentado el recurso de apelación para que sea concedido el mismo ante el Honorable Tribunal, muchas gracias”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 32 años de edad y había cotizado 565⁶ semanas, que para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (8 años, 6 meses y 22 días), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

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

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

⁶ Ver cédula de ciudadanía e historia laboral de la demandante (folios 46, 73 a 83) y en Cd 2 que contiene expediente administrativo a folio 118. – En COLPENSIONES no registran cotizaciones. Formatos CLEBP’S, que reportan cotizaciones a CAJANAL y FONPRENOR.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁷ ⁸, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 (entre otras).

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

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

⁸ Sentencia STL3187-2020: "Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

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

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

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

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 28 de junio de 1996, el cual se hizo efectivo el 01 de septiembre de 1996 a COLFONDOS S.A -, AFP a la que se encuentra afiliada (ver formulario de afiliación, SIAFP e Historia Laboral Colfondos, folios 50, 147 y CD 5).

El Tribunal confirmará también la decisión de primera instancia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en la AFP, pues así lo dispone la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa Corporación, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Se modificará la condena en costas de primera instancia, pues el artículo 365 del CGP impone esta carga a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio con COLPENSIONES, quien se opuso a las condenas, presentó argumentos en contra, y resultó vencida en el proceso. Por las mismas razones se confirmará la condena en costas impuesta en primera instancia contra COLFONDOS S.A.

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

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para condenar también a COLPENSIONES al pago de las costas procesales de primera instancia; y para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de COLFONDOS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS BARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE CARLOS AUGUSTO PEREZ MEDINA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS.

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., y para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2020 por la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Daniela Palacio Varona, con T.P. 24.981 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la AFP PORVENIR S.A, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CARLOS AUGUSTO PEREZ MEDINA presentó demanda contra la CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de traslado del RPM al RAIS,

ocurrido el 22 de junio de 1994. Señala que PORVENIR S.A omitió brindarle información completa y oportuna al momento de suscribir el formulario de traslado sobre las implicaciones del cambio de régimen, y que lo indujeron a error y por ende se vició su consentimiento. Pide que se ordene a COLFONDOS S.A retornar las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubiesen causado al RPM, y a COLPENSIONES que reciba la afiliación del actor al RPM sin solución de continuidad (ver demanda en folios 4 a 20).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que no ocurrieron vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), ni la demandante manifestó alguna inconformidad durante su permanencia en el RAIS. Propuso como excepciones las denominadas: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.* (ver contestación en folios 107 a 148 del plenario).

También contestó la demanda COLFONDOS, mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la afiliación del demandante cumplió con todos los presupuestos de ley y se hizo en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen. Afirma que COLFONDOS no conoce el tipo de información que brindó PROVENIR, pero asegura que ella sí dio asesoría integral, completa sobre todas las implicaciones del traslado, las características, funcionamiento, diferencias, ventajas y desventajas entre el RAIS y el RPM. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor a la AFP administrado por COLFONDOS S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago* (ver contestación en folios 182 a 196 del plenario).

Igualmente contestó la demanda PORVENIR S.A. mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas afirmando que el demandante no allegó prueba sumaria de las razones que sustentan la solicitud de anulación de la afiliación. Señala que el traslado de régimen estuvo precedido de una asesoría oportuna, veraz y que se dieron elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión transparente, como lo dispone el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Señala que no hay una norma legal que establezca la ineficacia de un traslado de régimen de pensiones por ausencia de información completa al afiliado, e indica que para el caso concreto lo solicitado es la nulidad de traslado de régimen fundamentado en un vicio del consentimiento lo que convierte la solicitud en una nulidad relativa, y en ese sentido tendría lugar al saneamiento, que se acreditó con el traslado de PORVENIR S.A. a COLFONDOS S.A. Propuso como excepciones: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en folios 220 a 240).

En la audiencia del artículo 77 del CPT el apoderado de COLFONDOS indicó que se allanaba a todas las pretensiones de la demanda. El apoderado de PORVENIR S.A. se opuso, y la Juez no aceptó allanamiento (Cd 3 minuto 9:18).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de septiembre de 2020, mediante la cual la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive tiene el siguiente tenor: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo el Señor CARLOS AUGUSTO PÉREZ MEDINA identificado con la cédula 19’264.190 a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR suscrito el 22 de junio de 1994, de conformidad con las razones*

expuestas en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el Señor CARLOS AUGUSTO PÉREZ MEDINA identificado con la cédula 19'264.190 nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre permaneció en el Régimen de Prima media con Prestación Definida, representado hoy en día por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a LA AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del Señor CARLOS AUGUSTO PÉREZ MEDINA identificado con la cédula 19'264.190, cómo cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses cómo lo expone el artículo 1746 del código civil, esto es, con los rendimientos que hubiere causado sus aportes, ello significa que se debe trasladar lo que el demandante tenga su cuenta de ahorro individual al momento en que se efectúe el traslado, junto con los gastos de administración conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. CUARTO: ORDENAR a LA AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES lo que haya deducido de sus aportes a pensiones realizados por el demandante por concepto de gastos de administración. QUINTO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al Señor CARLOS AUGUSTO PÉREZ MEDINA identificado con la cédula 19'264.190 como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez recibidas estos dineros que le debe trasladar LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR y LA AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS. SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. SÉPTIMO: SIN CONDENA en costas en esta instancia. OCTAVO: en el evento en que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación, remítase el expediente a la sala laboral del honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.”
(Expediente digital Hora 1 Minuto 45:26)

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia estimó que la AFP PORVENIR S.A. no demostró haber cumplido con el deber de información,

carga que pesaba sobre ella, pues no demostró que hubiese indicado los beneficios, características, ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES aduce que El demandante no es beneficiario del régimen de transición y no cumple con los requisitos establecidos en la SU130 del 2013, para la libre movilidad entre regímenes. Consideran que no se demostraron vicios del consentimiento, y pide que se aplique el artículo 13 de la ley 100 de 1993 pues el demandante debe aceptar las condiciones bajo las cuales suscribió el formulario de afiliación al RAIS. Afirma que la ineficacia o la nulidad del traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera, la universalidad, y la progresividad del Sistema General de Pensiones, y los recursos con los cuales COLPENSIONES debe atender las prestaciones de sus afiliados (Hora 1 Minuto 59:04)¹.

¹ “Gracias señoría respetuosamente me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho el día de hoy, ante los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá, Distrito judicial sala laboral, para que se revoque su totalidad el fallo en atención a las siguientes consideraciones: El demandante no es beneficiario del régimen de transición, no cumple con los requisitos establecidos en la SU 130 del 2013, para la libre movilidad entre regímenes. Así las cosas es aplicable en su totalidad del artículo 13 de la ley 100 de 1993, artículo que fue declarada exequible, razón por la cual la negativa de Colpensiones de aceptar la afiliación y de los fondos privados de aceptar el traslado, pues se encuentra adecuada y conforme a derecho. En tal sentido lo que corresponde al demandante es aceptar las condiciones bajo las cuales suscribió el formulario de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, que como lo manifiesta, las características que le fueron informadas fueron efectivamente las reales, no obstante la interpretación a la que se ha llegado por el despacho el día de hoy. Honorables Magistrados, declarar la ineficacia o la nulidad del traslado en casos como el que nos ocupa el día de hoy resulta una grave afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema que gobierna el actuar de Colpensiones, en atención a que se afectan directamente los recursos con los cuales mi representada debe atender las prestaciones de sus afiliados, entonces, está claramente la fundamentación que existieran los fondos privados, en atención a que existía una afectación fiscal en los recursos de Instituto de Seguros Sociales. Igualmente Honorables Magistrados, la nulidad o ineficacia del traslado en el caso como que nos ocupa, es atentatorio de los principios de universalidad y progresividad del sistema general de pensiones, pues abusó de esta defensa no se logra evidenciar que hayan existido vicios del consentimiento a la hora del traslado del demandante, máxime puedes cómo se logró establecer efectivamente existió una movilidad en el régimen de ahorro individual con solidaridad entre los distintos fondos, bajo la suscripción de un formulario de afiliación que contenía la información que se le exigía a los fondos en ese momento de suministrar a los posibles afiliados, en tal sentido no existe un error o un vicio que afecte el consentimiento del demandante. Así las cosas, Honorables Magistrados solicitó y

En el recuso de PORVENIR S.A. afirma que en el expediente quedó demostrado que el demandante realizó su afiliación de manera libre, espontánea, consiente, y sin presiones, y ello se prueba con el interrogatorio de parte en el que confesó que sí se le informó de manera verbal sobre todas las características y condiciones particulares y propias del RAIS, y su único descontento después de 26 años de pertenecer al RAIS es la diferencia en la expectativa que tenía sobre el valor de la mesada. Aduce que la voluntad del actor se ratificó en los traslados que realizó a los diferentes fondos, y que no es posible aplicar presupuestos jurídicos legales posteriores al traslado (*Decreto 2555 de 2010, Decreto 2031 de 2015 y la Ley 1748 de 2015*). En caso de confirmarse la ineficacia del traslado, pide que se absuelva a PORVENIR de la condena a devolver los gastos de administración y primas, pues estos del descuento tenía sustento jurídico y cubrieron las contingencias para las que estaban creados (Hora 1 Minuto 47:50)².

reitero mi solicitud que se revoquen las condenas impuestas en primera instancia y en su lugar se absorba de todas y cada una de las condenas a las demandadas. gracias.”

² *“Su señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito interponer recurso de apelación en contra el presente fallo ante el Tribunal Superior de Bogotá, en los siguientes términos: En el presente proceso que nos convocó el día de hoy, se pudo demostrar que el Señor Carlos Pérez, aquí demandante, realizó una afiliación y traslado de régimen pensional con Porvenir en el año 1994, obedeciendo a una decisión libre, espontánea y sin presiones e informada, muestra de ello es la asesoría recibida de manera verbal donde se indica unas características y condiciones particulares y propias del régimen de ahorro individual, lo anterior fue corroborado y demostrado por el demandante en el interrogatorio que le fue realizado, corroborando de esta manera la información recibida por parte del demandante en la señalada afiliación y los posteriores traslados con Horizonte hoy Porvenir. Ahora bien, la decisión tomada por el demandante se hizo de forma consciente, espontánea y sin presiones o pruebas de ninguna naturaleza con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en la ley que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo dicho traslado y los posteriores traslados de fondo pensional. Puesto que antes de adoptar la decisión de trasladarse de régimen pensional y de fondo pensional, recibió información suficiente y veraz sobre las características y condiciones propias del régimen o fondo al cual se estaba afiliando. En segundo lugar este suscribió el formulario solicitud de vinculación el cual cumplía con todos los requisitos de ley fue aprobado previamente por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera. En tercer lugar y en cumplimiento con las exigencias legales ayal suscribir la solicitud de vinculación, en una primera oportunidad con Porvenir con su traslado de régimen pensional y en dos oportunidades más con los traslados de fondos pensionales, se concreta la voluntad de éste, no sólo de trasladarse de régimen pensional, sino de mantenerse en dicho régimen pensional, puesto que hizo la firma de manera libre y voluntaria con la cual se expresa o se materializa su voluntad. Las expresiones en que se constatan los formularios o solicitud de traslado de régimen pensional y el traslado de fondo pensional, no pueden ser considerados como un mero requisito formal o una manifestación vacía Y sin ninguna consecuencia, tal y como se presume por la juez de primera instancia; en tanto corresponde a una normativa y por lo tanto no puede ser desconocida ni ignorado los*

efectos que produce. Las circunstancias formulado previamente impresa no resta ningún tipo de validez a la manifestación ya que corresponde a una manifestación inequívoca de la voluntad del demandante de pertenecer a uno u otro régimen pensional. Adicionalmente en el presente proceso se pudo evidenciar que no sólo se allegó el formulario de solicitud de vinculación en el cual se expresaba la leyenda de realizar su traslado de manera libre y voluntaria, sino que se allegaron documentos y soportes diferentes en los cuales se puede demostrar que efectivamente sí hubo una asesoría. La juez de primera instancia pretende o lo que llevaría sería a instaurar una tarifa legal u obligar a lo imposible en la construcción de un documento en el cual se deje constatar hasta el más mínimo detalle que la ley para la fecha de la filiación no exigía. En este sentido pues enluta el caso aplicable para que a mi representada se le obligue a construir o elaborar un elemento inexistente, puesto que en este proceso se puede evidenciar no sólo con la documental aportada sino que adicionalmente se pudo evidenciar junto con el interrogatorio de parte, en el cual contrario a lo que manifiesta la juez de primera instancia, quien solo dice, se le informó o se le suministró información respecto a pensionarse antes o pensionarse de manera mayor y que se iba a acabar el Seguro Social; ni siquiera se pasa totalmente por percibir que el demandante manifestó que a este se le dijo que tiene una cuenta de ahorro individual, que ésta cuenta de ahorro individual se iba a nutrir con los aportes, y esta cuenta de ahorro individual se iba nutrir con los rendimientos que hiciera, y cuáles fueron las principales motivaciones que llevaron al aquí demandante a realizar diferentes traslados entre administradoras de fondos pensionales, pues una de las mayores motivaciones que tuvo este para realizar dichos traslados es la posibilidad de incrementar el saldo de su cuenta de ahorro individual, incrementar sus expectativas tensionales, pero es algo que se pasa totalmente por desapercibido por parte del juez de primera instancia. Las expresiones que se materializan en el formulario se ven corroboradas y confirmadas con la voluntad de aquí demandante en el interrogatorio que realizó; en este sentido era clara la intención del demandante del Señor Carlos Pérez, era pertenecer a uno u otro régimen pensional, y este de acuerdo a su decisión y de acuerdo a su voluntad, sus necesidades y expectativas, considero que lo más pertinente era trasladarse de régimen pensional. Adicionalmente su mayor descontento es la diferencia entre una posible o una expectativa pensional. El señor lleva afiliado aproximadamente 26 años, lleva 26 años beneficiándose de las características y particularidades que le otorga el régimen de ahorro individual con solidaridad. Pero 26 años después de haberse beneficiado de todas las particularidades y de todos los beneficios que le otorga el régimen pensional al cual está afiliado de manera libre y voluntaria, decidí que no está de acuerdo simplemente por la estimación o la posible estimación de una mesada pensional, pretendiendo desconocer que el régimen de ahorro individual con solidaridad le otorga un sin número de beneficios que no le otorga el régimen de prima media, pero es algo que se pasa totalmente por desapercibido. En este sentido no resulta plausible que prosperen las alegaciones del demandante respecto a la ineficacia, toda vez que este recibió asesoría e información en el traslado inicial con Porvenir y los posteriores traslados horizontales con horizonte. Así mismo el demandante tuvo la oportunidad de leer y preguntar, inclusive de sustraerse de la firma del documento entregado por el asesor comercial tal y como se puede constatar en el documento Qué es te firmo y que también se pasa por desapercibido en el análisis riguroso y detallado de dicho convenio. Adicionalmente el demandante realizó diferentes traslados, que cómo lo dije en mis alegatos de conclusión, en consideraciones de la Corte Suprema de Justicia y el mismo Tribunal, son actos que generan manifestaciones de la voluntad de este de pertenecer a otro régimen pensional, pero es algo que no se analiza detalladamente, por lo tanto no puede el demandante endilgar responsabilidad alguna a Porvenir, dado que su traslado obedeció a una decisión libre, consciente, transparente de qué encontró conveniente para sus intereses de proyectarse a futuro una planeación financiera acorde a las necesidades y particularidades propias que le otorgaban el régimen de ahorro individual con solidaridad y que no le otorgaba el régimen de prima media. En consideración de este apoderado no resulta al caso que después de que el demandante no sólo diligenció 3 formularios de solicitud de traslado de régimen pensional, también diligenció una constancia entrevista, también diligenció un perfil del inversionista, y algo que se pasa totalmente por desapercibido y no se le da ningún tipo de valor ni prueba, pues simplemente se supone o se dice que este documento no es suficientemente válido para demostrar que después de que uno firma un documento entonces deja constancia firmada por el asesor y firmada por el aquí demandante que se dio una charla de una hora, no se presupone que no se dio algún tipo de información. Respecto a la información suministrada,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

el fallo emitido presupone la aplicación de presupuestos Jurídicos inexistentes para la fecha de afiliación y los posteriores traslados realizados, es más, véase que la superintendencia financiera ha sido clara y enfática en señalar el concepto 2017056668-.01 del 12 de junio de 2017, eue la obligación de ofrecer una asesoría rendida como la información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de la afiliación, de manera tal que financiero, pueda tomar la decisión de vincularse a dicho régimen, o de trasladarse entre administradoras, se encuentra expresamente consagrado a partir del primero de julio de 2010, fecha de la entrada en vigencia del decreto 2241 de 2010. En este sentido, pues, ratifica una vez más que es una interpretación errónea y equivocada, puesto que se pretende aplicar presupuestos jurídicos legales como el decreto 2555 de 2010 y el decreto 20 31 de 2015 y la ley 1748 de 2015 que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público general, de hecho la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen pensional nace solo a partir del artículo 3º del decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010; pero el fallo emitido presupone y hace una interpretación extensiva en donde se indica que desde la expedición de la ley 100 de 1993 existía dicha obligación, ni el artículo 13 ni el artículo 12 del decreto 720 ni ningunos artículos del decreto 692 de 1994, ponen en cabeza de las afp dicha obligación, por lo tanto es una aplicación errónea e inadecuada de dicha carga en cabeza de las AFPS. En este sentido, Y por último respecto a los gastos de administración, es importante dejar claro que esto se tienen sustento jurídico en la ley 100 de 1993, por ende devolverlos causaría un perjuicio a mi representada en favor del demandante, en razón a que dichos emolumentos están en cabeza de Porvenir, toda vez que fueron destinados al fin que pretendían cómo es la adquisición de seguros para cubrir las contingencias de muerte o enfermedad, contingencias que fueron cubiertas a cabalidad durante el tiempo que duró la afiliación efectiva del Señor Carlos Pérez. Adicionalmente se usaron para hacer los movimientos financieros que conllevaban a la obtención de rendimientos, rendimientos que se depositaron en la cuenta de ahorro individual, y rendimientos que se trasladaron en el momento en que el demandante el Señor Carlos Pérez tomó la decisión de trasladarse a colfondos. En este sentido la superintendencia financiera en concepto 2019152169-003-00 indicó que en caso de declararse la nulidad o ineficacia lo procedente sería que se le respetarán las restituciones mutuas que se haya realizado y que no se ordena el traslado de prima de seguros previsionales, tampoco se ordene la devolución de las comisiones y cuotas de administración que han sido utilizados para la generación de rendimientos a la cuenta de ahorro individual del demandante. En los anteriores términos y sin perjuicio de extenderme en la sustentación del mismo, dejó sustentado el recurso de apelación para que sea estudiado por el tribunal superior de Bogotá. muchas gracias.”.

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 37

años de edad y había cotizado 641.43³ semanas, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (12 años, 5 meses y 18 días), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

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

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

³ Ver cédula de ciudadanía e historia laboral actualizada de COLPENSIONES en Cd 2 que contiene expediente administrativo a folio 153.

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR S.A no demostró, haberle brindado toda la información pertinente en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. No se prueba ello con el interrogatorio de parte rendido en el proceso (cd 3 minuto 36:45) pues en dicha diligencia no aceptó haber recibido información que le permitiera comprender *“la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”* como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo, o por posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 22 de junio de 1994 a PORVENIR S.A, 19 de abril de 2001 a HORIZONTE por absorción hoy PORVENIR S.A y el 26 de agosto de 2009 a COLFONDOS S.A -, AFP al que se encuentra actualmente afiliado ver historial de afiliaciones, formularios de afiliación y SIAFP (folios 198, 199, 242 a 245).

El Tribunal confirmará también la decisión de primera instancia que ordenó la devolución de los gastos de administración que cobraron ambas AFP'S durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado en cada una de ellas, pues así lo ha definido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias que se trazaron el precedente obligatorio (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Conociendo en consulta en favor de COLPENSIONES, se declarará que bien puede esta entidad obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000), como agencias en derecho a cargo de PORVENIR S.A.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, positioned above the printed name and title.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado