

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ALBA MARINA GUTIÉRREZ VILLABONA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**

Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE lo dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida el 20 de enero de 2021, dentro del proceso de tutela con radicado No. 61722, mediante la cual dejó sin efectos la sentencia proferida por esta Sala el 26 de abril de 2019 y ordenó dictar nueva decisión siguiendo los lineamientos fijados en la parte motiva de dicho proveído.

SENTENCIA

Agotado el trámite de alegatos de conclusión en la audiencia celebrada el 24 de abril de 2019, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para dictar sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, mediante la cual se resuelven los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas y se estudia en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES,

la sentencia dictada el 27 de marzo de 2019 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha providencia se declaró la nulidad del traslado de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) al régimen de prima media con prestación definida (RPM) y se ordenó a COLPENSIONES el reconocimiento pago de la pensión de vejez de conformidad con la ley 797 de 2003, a partir del momento en que la demandante efectúe el retiro del Sistema.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la NULIDAD de la afiliación o traslado de la demandante ALBA MARINA GUTIERREZ VILLABONA, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ALBA MARINA GUTIERREZ VILLABONA, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta de ahorro individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la nulidad. TERCERO: DECLARAR que la demandante ALBA MARINA GUTIERREZ VILLABONA, para efectos pensionales se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrando por el extinto I.S.S., hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo considera. CUARTO: DECLARAR que la demandante ALBA MARINA GUTIERREZ VILLABONA, cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez, de conformidad a la Ley 797 de 2003. QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a RECONOCER y PAGAR a la demandante ALBA MARINA GUTIÉRREZ VILLABONA, la pensión de vejez, de*

conformidad a la Ley 797 de 2003, a partir del momento en que la demandante efectúe el retiro del Sistema, teniendo en cuenta para su liquidación lo estipulado en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, con los reajustes anuales legales respectivos, sobre trece mesadas anuales. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. SÉPTIMO: NO CONDENAR EN COSTAS teniendo en cuenta que fue la AFP COLMENA quien suscito la nulidad declarada. OCTAVO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES” (CD 3, minuto 44:08).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia estimó que la AFP COLMENA (quien recibió el traslado) no cumplió el deber de asesoría pues la AFP vinculada al proceso (PROTECCIÓN S.A.) no probó lo pertinente, resultando insuficiente para el efecto la suscripción del formulario de afiliación del cual no se puede inferir el tipo de información que se dio a la demandante. Además, concluyó que la demandante cumple con los requisitos establecidos en la ley 797 de 2003 para acceder a la pensión de vejez en el RPM, y no condeno en costas a PROTECCIÓN S.A. porque fue la AFP COLMENA quien recibió el traslado de la demandante.

En el recurso de la AFP PROTECCIÓN S.A. aduce su apoderado que no se puede ordenar la devolución de los gastos de administración pues fue otro fondo de pensiones (COLMENA) la que recibió el traslado de la demandante (CD 3, minuto 44:19)¹.

¹ *“Mucha gracias señor juez me permito interponer recurso de apelación contra la providencia que acaba de emitir su despacho en lo relativo al numeral segundo de la parte resolutive que tiene que ver con la devolución de los dineros habidos en la cuenta de la señora demandante sin descuentos por gastos de administración quiero concretar ahí ese punto de inconformidad porque con la misma lógica jurídica con la que el despacho no condenó en costas porque fue una administradora distinta a PROTECCIÓN la que efectuó la migración e incurrió en la falta sobre la que el despacho sustenta la sentencia es por lo que PROTECCIÓN tiene derecho a los gastos de administración debido a que, PROTECCIÓN realmente heredó por así decir a la señora y sabido que las sanciones, las restricciones las negaciones no se heredan siendo así protección tiene derecho a retener los gastos de administración*

En el recurso de COLPENSIONES afirma que la demandante escogió el RAIS de manera libre y voluntaria y un error de derecho no es vicio del consentimiento. Además, agrega que según la sentencia SU 130 del año 2013, solo procederá el regreso al RPM en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de 15 años de servicios para la fecha en que inició la vigencia de la ley 100 (CD 3, minuto 45:58)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En las sentencia de tutela proferida del 20 de enero de 2021 dentro del proceso con radicado No. 61722 (STL 534-2021), la Sala Laboral de la Corte Suprema

porque lo hizo en cumplimiento de la ley que es la que autoriza para que administre y preserve el patrimonio de la señora como de hecho lo está haciendo si PROTECCIÓN no está haciendo nada indebido sino cumpliendo lo que dice la ley, a ese punto específico dirijo el ataque de la sentencia con solicitud que sea revocado en ese aspecto”.

² *“Gracias su señoría me permito presentar recurso de apelación solicitando al H. Tribunal Superior de Bogotá que se revoque dicha sentencia teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante a PROTECCIÓN del 22 de junio de 1999 y a la AFP que actualmente se encuentra vinculada cuenta con plena validez en tanto obra como soporte dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por la demandante a dicho fondo de manera libre voluntaria y espontánea adicionalmente no obra prueba que den sustento a los argumentos expuestos por la actora de los supuestos de un presunto engaño u omisión de la información que le permitiera conocer las condiciones de un régimen u otro además H. Magistrado no puede alegarse el desconocimiento de la norma como vicio del consentimiento en tanto a la luz el artículo 9 del Código Civil la ignorancia de la ley no es excusa así mismo la actora al suscribir dicho formulario se presenta obligaciones reciprocas estando también en cabeza de ella informarse de las consecuencias de dicho traslado situaciones que permiten establecer que dicho caso se está en presencia de un error de derecho que no vicia el consentimiento con lo que resulta plenamente valido el traslado de la demandante al fondo privado hoy protección también téngase en cuenta H. magistrados que según la sentencia SU 130 del año 2013 indica que en caso del traslado de un afiliado de PRIMA MEDIA al RAIS solo procederá su regreso en cualquier tiempo siempre y cuando tenga 15 años de servicios que no son otros que 750 semanas al 1° de abril de 1994 so pena de perder los beneficios de la transición. Según lo anterior y por tal motivo y como quiera que la actora no acredito la densidad de semanas debidamente cotizadas con mi representada y al año del 94 contaba con tan solo 33 años de edad deberá someterse a los mandatos del Sistema General de Pensiones al cual se encuentra afiliada en este caso sería protección es así que la actora al no tener de derecho al no existir una nulidad y al no tener derecho a retornar con mi representada tampoco mi representada tiene el derecho de reconocer la pensión de vejez por lo tanto solicito se revoque la sentencia y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas”.*

de Justicia se remitió a las decisiones SL31989-2008, SL 31314-2008, SL 33083-2011, SL 12136-2014, SL9447-2017, SL1452-2019, SL 1688-2019 y SL4426-2019 y concluyó que: (i) opera la inversión de la carga de la prueba cuando el afiliado alega el incumplimiento del deber de información, por lo que le corresponde a las administradoras demostrar que suministraron información al afiliado, es decir, *“una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales”*, sin importar que se trate de una persona beneficiaria del régimen de transición o tuviese un derecho consolidado; (ii) que dicho deber de información *“no se agotaba con solo el diligenciamiento de un formulario”*, pues a lo sumo con ello se *“acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*; y, (iii) que no es necesario *“que se acredite un vicio del consentimiento para que se predique falta de información por parte de los fondos de pensiones”*.

Adicionalmente esa Corporación estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las

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

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

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

sentencias referidas y las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 y STL 534-2021 (entre otras).

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio que el magistrado ponente ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN (dada la fusión por absorción de la AFP COLMENA), 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 obligación que debía 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”* -en palabras de la Corte-.

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.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, para lo cual se sigue también el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos*

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

Adicionalmente, conociendo en consulta 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 causaron por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones, y revocará dicha providencia en cuanto CONDENÓ a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante bajo los preceptos de la Ley 797 de 2003, pues COLPENSIONES solo tendrá a cargo la obligación pensional de la demandante cuando se haga efectiva la anulación o ineficacia del traslado y se efectúe la devolución de los aportes que la financiarán.

Se debe advertir en esta materia, que no se le puede endilgar a la administradora del RPM (COLPENSIONES) responsabilidad alguna en las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema encontró cometidas por los Fondos de Pensiones, y por ello, solamente cuando ingresen tales aportes a COLPENSIONES podrá la demandante efectuar las gestiones pertinentes al estudio, reconocimiento y pago de la prestación.

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

DECISION

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** los numerales CUARTO y QUINTO de la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva.
2. **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.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás
4. **COSTAS** en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado