

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MAGDA CRISTINA SUÁREZ RODRÍGUEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de mayo 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 5 de mayo de 2021, dentro del proceso de tutela con radicado No. 62912, mediante la cual dejó sin efectos la sentencia proferida por esta Sala el 11 de septiembre de 2018 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 11 de septiembre de 2018, 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 resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia dictada por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de agosto de 2018. En dicha providencia se NEGÓ la anulación 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 tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante señora MAGDA CRISTINA SUÁREZ RODRÍGUEZ, de conformidad con lo aquí considerado. SEGUNDO: RELEVARSE del análisis de las excepciones propuestas por el extremo pasivo dado el carácter absolutorio de la Litis. TERCERO: SIN COSTAS en la instancia. CUARTO: En el evento de no apelarse esta decisión se ordena consultar con el Superior en los términos del art.69 del CPT”* (CD 4, minuto 23:06). Para tomar su decisión la Juez de primera instancia consideró que en el momento del traslado del RPM al RAIS, la demandante no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa cercana de causar una pensión de vejez, y que no se demostró que hubiera sido objeto de un engaño por la AFP demandada para que prestara el consentimiento al afiliarse en el RAIS, afirma que los errores de derecho no vician el consentimiento.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de la parte demandante aduce que la AFP no brindó la asesoría que debía dar en el momento del traslado y por el contrario guardó silencio sobre aspectos que beneficiaban a la actora si mantenía su vinculación en el RPM, por ello no contaba con todos los elementos de juicio para tomar una decisión informada, lo que le ocasionó un perjuicio que se demuestra con la simulación pensional realizada por PORVENIR que aportó al expediente. Pide que se aplique la *ratio decidendi* de las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 y 31314 (CD 4, minuto 23:58)¹.

¹ *“Gracias señora Juez, me permito interponer recurso de apelación teniendo en cuenta que es procedente para esta apoderada declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación teniendo en cuenta que no solamente la demandada PORVENIR se abstuvo de realizar la asesoría en debida forma sino que efectivamente guardó silencio respecto de la planeación de ahorro y de*

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

inversión que como lo señaló el a-quo se realizó de manera que afecta la buena fe. Es importante también tener en cuenta que mi prohijado es una enfermera profesional y que como ella, el 99% de los colombianos no sabe cómo se liquida una pensión en el Régimen de Ahorro individual o el Régimen de Prima Media, tampoco sabe realizar un cálculo actuarial siendo pues los elementos básicos de juicio con los que ella podría realmente preferir un régimen o el otro. Estos elementos de juicio son los que realmente consolidan el consentimiento y teniendo ella esa base podría hacerse responsable realmente de los efectos del traslado realizando las implementaciones económicas estaría por llegar a cumplir la mesada esperada. Por lo cual, el concepto de la Magistrada Deisy del Pilar no tiene tal carácter por cuanto ella no tenía pleno conocimiento de lo entrañaba su decisión, si bien efectivamente ella estaba a 27 años de acceder a la pensión de vejez el hecho de habersele cuestionado respecto a cuál era la mesada que esperaba o habersele hecho unos planes de inversión, habersele asesorado respecto de la permanencia y constancia de sus cotizaciones en el salario que tenía que realizar pues otras hubieran sido las consecuencias hoy en día. A contrario sensu también, pues esta apoderada prueba el perjuicio que se le llegaría ocasionar a la demandante en desconocerle un derecho por la negligencia de los deberes de los fondos de pensiones dado que no solamente es la falta de asesoría sino el guardar silencio, no darle un buen consejo que ya se sustentaron pues efectivamente en los alegatos de conclusión ante este fallador, dejándola sin pensión a pesar de tener la edad y las semanas, perjuicio que se comprueba con la simulación de la liquidación de la pensión con COLPENSIONES presentada por PORVENIR que obra en el expediente. De manera que alegar las pretensiones de la demanda sin pruebas constituye un defecto factico por la indebida valoración probatoria teniendo presente que si se ponen los hechos debidamente probados por esta demandante. Finalmente, en sentencia T-292 del 2006 se señala que los requisitos para que sea aplicable la ratio deciden di en su integridad consta de 3 requisitos: el primero es que la sentencia contenga una regla que resuelva el caso posterior, la ratio que resuelva un problema jurídico semejante y tres, los hechos o normas juzgadas semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse previamente. Teniendo en cuenta lo anterior, pues la ratio deciden di de los radicados 31989, 31314 señalan que la elección del régimen pensional trasciende del simple deber de información y la administradora tiene el deber del buen consejo que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información suficiente dando a conocer las diferentes alternativas como sus beneficios e inconvenientes y aun así si fuere necesario del caso llegar a desanimar al interesado de tomar la opción que claramente le perjudica ya que el fondo mismo siendo de fondo el mismo problema jurídico con hechos similares. Así pues que aportarse de la Jurisprudencia casos similares configuraría una vía de hecho por efecto sustantivo por la ineficacia sustentada en consecuencia directa a los deberes del administrador y se debe responder esta por culpa levísima. Por lo anterior, solicito a su señoría conceder el recurso de apelación y a los Magistrados declarar la nulidad de afiliación o de ineficacia de la afiliación de mi prohijado. Agradezco a la señora Juez por el uso de la palabra. Gracias.”

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 la demanda se afilió al fondo privado de pensiones tenía

menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (la demandante tenía 2 años, 10 mes y 21 días de cotizaciones para el 1° de abril de 1994²), y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad de pensión (tenía 55 años de edad – ver folios 8 y 40).

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 se pronunció en las sentencias proferidas el 20 de enero, 10 de marzo de 2021 y 5 de mayo de 2021, dentro de los procesos de tutela con radicado No. 61722 (STL 534-2021), 62348 (STL3354-2021) y 62912 (STL5075-2021), en las cuales se remitió a las decisiones SL31989-2008, SL 31314-2008, SL 33083-2011, SL 12136-2014, SL9447-2017, SL 4989-2018, SL1452-2019, SL 1688-2019, SL1689-2019 y SL4426-2019. Además, en las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 le asignó el carácter obligatorio a su precedente en la materia³.

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*

² Ver la historia laboral allegada por la demandada (folios 138 a 142).

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 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*".

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, el Tribunal debe revocar la sentencia de primera instancia para declarar -en las mismas palabras usadas por la corte- la

ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR no probó haberle brindado toda la información pertinente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (el 23 de septiembre de 1998 – ver folio 69), como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo que se ilustre sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener cada afiliado, pues, en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esta decisión”*.

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 permanencia del actora en el RAIS.

En consecuencia, se dictará las condenas que corresponden, con el criterio que en esta materia trazó la Corte, según el cual se debe ordenar el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y los gastos de administración que cobró la AFP (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Lo anterior, dado que esta declaración (la 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).

Adicionalmente, se declarará que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por

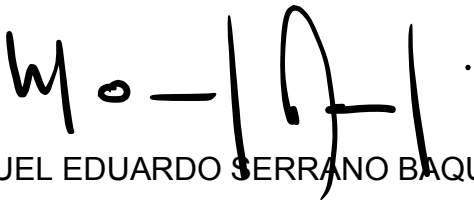
asumir la obligación pensional de al demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones.

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

RESUELVE

- 1. REVOCAR** la sentencia de primera instancia, y en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de MAGDA CRISTINA SUÁREZ RODRÍGUEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
- 2. CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
- 3. ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA que entregue toda la información contenida en la historia laboral de MAGDA CRISTINA SUÁREZ RODRÍGUEZ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
- 4. 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.
- 5. COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
- 6. SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY .

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada