



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES:

1. DEMANDA

La señora **MARÍA CECILIA ADELAIDA FRANCO GÓMEZ** formuló demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a efectos que se declare la nulidad de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad el 21 de junio de 1998 con la AFP **PORVENIR S.A.** y las afiliaciones posteriores efectuadas a **OLD MUTUAL** y **PROTECCIÓN**. En consecuencia, se condene a las administradoras de fondos privados a trasladar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional incluidos los rendimientos a los que hubiere lugar y a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado en el régimen de prima media, registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 25 de septiembre de 1986.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante refirió en síntesis que nació el 16 de septiembre de 1963, cotizó al régimen de prima media con el ISS desde el 25 de septiembre de 1986 hasta el 21 de junio de 1998, data en la que se trasladó a **PORVENIR**, entidad que la persuadió a través de engaño para que se vinculara a dicho régimen pues no informó la naturaleza propia del RAIS, no la ilustró sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen y no le informó respecto de las consecuencias del traslado. El 1º de julio



Tribuna Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de 2003 se afilió a OLD MUTUAL y el 1º de octubre de 2008 a PROTECCIÓN administradoras que tampoco le brindaron información.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda COLPENSIONES se opuso a las pretensiones al aducir que la afiliación efectuada por la demandante cuenta con validez en tanto obran como soporte las cotizaciones efectuadas a la administradora de fondos privados de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por la actora. Formuló las excepciones que denominó: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación.

OLD MUTAL contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones dirigidas en su contra, frente a lo cual adujo que al momento de la afiliación de la demandante a dicha administradora en el 2003, ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, las ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional, por lo tanto, la asesoría en el caso particular se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la demandante. De otro lado, que la selección de régimen pensional fue libre y voluntaria por parte de la afiliada, por cuanto aceptó todas las condiciones propias del régimen y al momento de la afiliación a OLD MUTUAL se realizó la asesoría de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS teniendo en cuenta las características del caso particular de la demandante. Formuló las excepciones denominadas: pago, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

PROTECCIÓN S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda al referir que la afiliación es plenamente válida y eficaz exenta de vicios del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

consentimiento y de cualquier fuerza para realizarla. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP's convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen.

Finalmente, PORVENIR S.A., en su contestación se opuso a las pretensiones de la demanda en la medida que la afiliación de la parte demandante gozó de plena validez y eficacia, producto de una decisión libre de presiones o engaños. Que en todo caso, el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación tal como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil, sin embargo, tal vicio, no logra probarse en el presente asunto. Formuló las excepciones que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 13 de agosto de 2020, DECLARÓ LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora MARÍA CECILIA ADELAIDA FRANCO GÓMEZ a través de PORVENIR S.A, ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral. DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y DECLARÓ probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de OLD MUTUAL S.A. y en tal sentido la absolvió de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, decisión a la que arribó al concluir que no se demostró que PORVENIR y PROTECCIÓN hubiesen brindado la información completa suficiente y oportuna a la demandante



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

6. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia COLPENSIONES interpuso recurso de apelación bajo el argumento que dentro del proceso no se evidenció ningún vicio del consentimiento del cual se indique que la demandante se trasladó por error, fuerza o dolo, máxime cuando ha decidido permanecer en el RAIS y trasladarse a varias administradoras dentro del mismo régimen y tuvo la posibilidad de devolverse antes del término señalado en la prohibición establecida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. En cuanto a la falta de información dentro del proceso se vislumbra que existió asesoría por parte de las administradoras de los fondos privados y la demandante aceptó las condiciones y beneficios que este régimen le brindaba en su momento. De otro lado, manifestó que no se le debe endilgar responsabilidad a COLPENSIONES de recibir a la demandante dentro del régimen de prima media, pues las consecuencias jurídicas del contrato que suscribió la actora con PORVENIR cuando realizó el traslado inicial, solo deben estar dirigidas a las partes como lo señala el artículo 1602 del Código Civil.

Adujo que dentro del proceso se evidenció negligencia por parte de la demandante, pues solo se preocupó por su futuro pensional cuando ya estaba próxima a cumplir la edad requerida para pensionarse y al verificar que la mesada pensional en el RAIS era más baja, decidió tomar la decisión de solicitar el traslado aun sabiendo que uno de los motivos del traslado inicial conforme lo indicó en el interrogatorio correspondía a que el Instituto de Seguros Sociales se iba acabar lo que le generaba incertidumbre con su futuro pensional, sin embargo, luego de tener conocimiento que el ISS se convirtió en COLPENSIONES decidió continuar en el RAIS. Igualmente, que la demandante también tenía el deber de información por cuenta propia respecto del régimen al que estaba aportando y por último, señaló que, en este caso se persigue el reconocimiento de una prestación financiada con las cotizaciones de las personas que han permanecido afiliadas al régimen de prima media con anterioridad, lo cual va en contravía de la sostenibilidad financiera del sistema, contrariando el artículo 48 de la Constitución



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Política y la sentencia C -1024 de 2004 de la Corte Constitucional, pues al recibir a la demandante se estaría descapitalizando el fondo común.

PORVENIR interpuso igualmente el recurso de alzada, al aducir que no es procedente declarar de manera automática la nulidad, pues es necesario que se analice cada caso en concreto como lo señaló el Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán en sentencia de Tutela radicado 5912 del 13 de mayo de 2020, oportunidad en la que se indicó que no se puede acceder de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o Ineficacia del traslado con fundamento en la falta de información alegada, se debe realizar un estudio en cada caso particular y con base en las sentencias de casación que han tratado el asunto no se puede generalizar sin importar si hay un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico considerado en sí mismo, esto es, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto, al hacerlo de forma masiva sin estudiar cada solicitud se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico en tanto que el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza de la afiliada con las consecuencias jurídicas que a esto conlleva. Por otra parte, manifestó la falta de acreditación de la existencia de vicios del consentimiento en el cambio de régimen pues no se configuró ninguna de las causales del artículo 1741 del Código Civil. Recalcó que la demandante permaneció por más de 20 años en diferentes administradoras de fondos privado sin buscar información adicional, lo que conlleva a concluir que siempre estuvo conforme y satisfecha con la administración realizada en el tema del ahorro del capital. De otro lado, que la actora se encuentra en una causal de prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, destacando que no solamente son obligaciones de las administradoras sino que hay unos deberes de los consumidores financieros establecidos en el Decreto 2555 de 2010 donde indica que cada uno de los afiliados se debe informar adecuadamente del sistema general de pensiones y crear una atención y cuidado al momento de tomar decisiones como lo es la afiliación del traslado, por lo que no se debe emplear una falta de conocimiento



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

por parte de la actora, sabiendo que es obligación mantenerse conocedora respecto de la afiliación pensional

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse **NULO Y/O INEFICAZ** el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora **MARÍA CECILIA ADELAIDA FRANCO GÓMEZ** y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en **PROTECCIÓN** al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**?

PREMISAS NORMATIVAS

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la señora **MARÍA CECILIA ADELAIDA FRANCO GÓMEZ** se trasladó del ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS administrado por **PORVENIR S.A** el 22 de noviembre de 2001 con fecha de efectividad 1º de noviembre de 2002, suscribió afiliación a



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

la AFP OLD MUTUAL el 27 de junio de 2003 y el 24 de agosto de 2009 a ING hoy PROTECCIÓN administradora a la que se encuentra afiliada actualmente, adjuntándose como soporte de las afiliaciones el respectivo formulario.

CONCLUSIÓN

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sentado lo anterior y atendiendo a lo expuesto en la sustentación del recurso de apelación por las entidades demandadas, se debe precisar en primer lugar, que en el presente asunto no se discuten los vicios del consentimiento y, por el contrario, el presente asunto se aborda desde su ineficacia que es la consecuencia de la afiliación desinformada como lo ha señalado nuestro órgano de cierre, por lo que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación del error, fuerza o dolo, cuando la jurisprudencia que se toma como premisa normativa, consagró que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada.

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)...» (Sentencia SL 1688 – 2019).

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

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

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz lo que se traduce en que no produce efecto alguno y debe la demandante retornar al régimen de prima media, por lo que es acertada la decisión del a quo, no obstante, debe modificarse la sentencia en cuanto la misma declaró la nulidad del traslado



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

y no la ineficacia que es el fundamento de la decisión adoptada, en consonancia con lo decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción en la línea jurisprudencial señalada en las premisas normativas.

De otro lado, es dable precisar que en la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, por cada una de las administradoras de pensiones en las que estuvo afiliada la demandante, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL 1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás.» (CSJ SC3201-2018).

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

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

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1668-2019)".

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”.

Así las cosas, se deben incluir dentro de la condena impuesta los descuentos de gastos de administración, así como las demás comisiones destinadas entre otras para las primas de seguros como consecuencia de la afiliación al RAIS, las cuales no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de las AFP's, que deben asumir las consecuencias de tal conducta.

En consecuencia, se habrá de modificar la decisión en aras de incluir el concepto de gastos de administración y comisiones por seguros previsionales los cuales deben ser devueltos igualmente a COLPENSIONES.

En punto al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de la entidad, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal 1) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

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

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

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de Ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual de la demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

destinado a la financiación de la pensión de vejez, comisiones y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea la accionante hasta que se haga efectivo el mismo, en los términos indicados con anterioridad, por lo que además, se incluirán en la resolutive de la decisión las sumas que se hubieren recibido por concepto de bonos pensionales y demás rubros que no fueron tenidos en cuenta.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoparancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial. Así mismo, hay lugar a declarar no probadas las excepciones propuestas por cada una de las demandadas.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se MODIFICARÁN los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia impugnada y objeto de consulta y se ADICIONARÁ el numeral sexto a fin de incluir la condena correspondiente a gastos de administración y comisiones a cargo de OLD MUTUAL y PROTECCIÓN S.A. COSTAS en esta instancia a cargo de los apelantes en la suma de \$300.000 como agencias en derecho cada una.

DECISIÓN

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



Tribuna Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de agosto de 2020, en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora **MARÍA CECILIA ADELAIDA FRANCO GÓMEZ** a través de **PORVENIR S.A**

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia estudiada, el cual quedará así:

"SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración, comisiones y seguros previsionales"

TERCERO: ADICIONAR como numeral SEXTO de la sentencia de primera instancia el del siguiente tenor:

"SEXTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante mientras estuvo afiliada a dichas administradoras, con cargo a sus propios recursos".



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CUARTO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL**, por las razones expuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a los apelantes **COLPENSIONES y PORVENIR** en la suma de \$300.000 por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada


MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 30 2018 00608 01
Demandante: MERCEDES CANTOR REYES
Demandados: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES
NACIONALES DE COLOMBIA

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a conocer la sentencia proferida el 14 de agosto de 2020 por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, en grado jurisdiccional de consulta.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MERCEDES CANTOR REYES interpuso demanda ordinaria laboral en contra del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA con el fin que se le condene a la sustitución de la pensión que en vida devengaba su compañero permanente JOSE ABEL CABEZAS SOTO junto con los intereses moratorios.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones indicó que el señor JOSE ABEL CABEZAS SOTO laboró para Ferrocarriles Nacionales de Colombia, fue pensionado por el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y falleció el 11 de febrero de 2017. Indicó que fue la compañera permanente del causante por más de 20 años y fue la persona que lo atendió hasta su fallecimiento.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA la contestó oponiéndose a las pretensiones con fundamento en la normatividad vigente para la prestación económica que se pretende. Formuló como excepción la que denominó genérica de no cumplimiento de requisitos legales.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 14 de agosto de 2020 ABSOLVIÓ al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MERCEDES CANTOR REYEZ, pues si bien la parte demandada aceptó que el señor JOSE ABEL CABEZAS SOTO estaba pensionado por esa entidad para la fecha de su fallecimiento, la señora CANTOR REYEZ no aportó una sola prueba que acreditara la convivencia con el pensionado durante los 5 años anteriores a su fallecimiento, como lo exige el artículo 47 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 12 de la ley 797 de 2003.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por ser totalmente adversa a las pretensiones de la demanda, el proceso fue enviado en consulta de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de agosto de 2020.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, no obstante, ninguna de las partes formuló alegatos de conclusión.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

¿Tiene derecho la señora MERCEDES CANTOR REYES a que se le sustituya la pensión que en vida devengaba el señor JOSE ABEL CABEZAS SOTO en calidad de su compañera permanente?

PREMISAS NORMATIVAS

Teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento del causante que fue el 11 de febrero de 2017, según registro civil de defunción de folio 11, la norma que gobierna la sustitución pensional reclamada es el artículo 13 de la ley 797 de 2003 que modificó el artículo 47 de la ley 100 de 1993, según el cual:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

"Artículo 47 Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si 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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...".

Artículo 167 del C.G.P.: CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

PREMISAS FÁCTICAS

Tal como se indicó en el trámite de primera instancia, como quiera que la parte demandada lo aceptó en la contestación de la demanda y obra certificación de folio 8. para la fecha de su fallecimiento el señor JOSE ABEL CABEZAS SOTO



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

devengaba una pensión de vejez que le había reconocido el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, era carga probatoria de la demandante MERCEDES CANTOR REYES demostrar su condición de compañera permanente del señor JOSE ABEL CABEZAS SOTO y que hizo vida marital con el pensionado durante los 5 años anteriores a su fallecimiento. Como quiera que solo se demostró en el trámite de primera instancia que el señor CABEZAS SOTO tenía la calidad de pensionado del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y no obra en el plenario una sola prueba de la convivencia del causante con la señora CANTOR REYES, quien mostró total desinterés en el trámite del proceso, se concluye que la señora MERCEDES CANTOR REYES no tiene derecho a la sustitución pensional que reclama y por ende deben negarse las pretensiones de la demanda, tal como lo decidió el a quo.

Son suficientes las anteriores razones para CONFIRMAR la sentencia impugnada. SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar y se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación y recibir la totalidad de los aportes.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que nació el 28 de diciembre de 1960, efectuó aportes al régimen de prima media desde el 30 de enero de 1989, se afilió a la AFP PORVENIR el 28 de noviembre de 1994, a COLFONDOS en el mes de mayo de 2002 hasta el mes de octubre de 2004 y posteriormente a PROTECCIÓN desde el mes de noviembre de 2004. Refirió que a su puesto de trabajo llegó un grupo de asesores de PORVENIR a fin de convencerla de trasladarse de régimen para lo cual le aseguraron que el ISS tenía graves problemas financieros por lo que de permanecer en dicha administradora pondría en riesgo sus aportes pensionales, le informaron que recibiría una pensión mayor a la que podría concederle el ISS, que podría retirar el monto de su pensión en cualquier momento y PORVENIR omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias del traslado de régimen pensional así como las características de ambos regímenes pensionales. Igualmente mencionó que la AFP PROTECCIÓN no le informó sobre la posibilidad que tenía de regresar al régimen de prima media antes del cumplimiento de los 47 años de edad y tampoco COLPENSIONES adelantó gestión alguna tendiente a brindarle asesoría sobre su decisión de traslado de régimen pensional.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones por cuanto la afiliación cuenta con validez en tanto obra soporte de las cotizaciones efectuadas por la demandante de manera libre, espontánea y voluntaria, además no obra soporte alguno que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado por la actora. Formuló las excepciones denominadas. Inexistencia de la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

COLPENSIONES en su contestación se opuso a las pretensiones al aducir que no obra prueba alguna que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante y al contrario se observa que la actora ratificó su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual al realizar un cambio de fondo dentro del mismo régimen de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Formuló las excepciones que denominó: inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Por su parte PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones para lo cual indicó que el asesor de dicha entidad le brindó a la demandante una información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características del RAIS y sus diferencias con el RPMPD, pues los asesores comerciales de las AFPs son instruidos para suministrar toda la información necesaria para que el potencial afiliado tome una decisión informada, luego la decisión de la demandante fue completamente libre, pues no fue coaccionada o engañada. Formuló las excepciones denominadas: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin justa causa.

Finalmente COLFONDOS, entidad vinculada dentro del trámite procesal, contestó la demanda oponiéndose a la pretensión quinta, toda vez que la actora realizó el traslado de régimen de forma libre y voluntaria siendo los traslados horizontales



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

una facultad consagrada en la ley, por lo que no se puede considerar como un acto sin valor jurídico simple y llanamente porque la demandante no cumplió con sus ahorros y expectativas pensionales pretendiendo activar la jurisdicción laboral para retornar al régimen de prima media. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y prescripción de la acción para solicitarla nulidad del traslado.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 3 de agosto de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora **DEYANIRA CABRERA VANEGAS** con la **AFP PORVENIR** el 28 de noviembre de 1994 y consecuentemente las afiliaciones de la demandante a **COLFONDOS** de fecha 24 de marzo de 2002 y a la **AFP SANTANDER** hoy **PROTECCION** de fecha 30 de septiembre de 2004; **ORDENÓ** a **PROTECCION S.A.** trasladar la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**, junto con todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales debidamente indexados y **ORDENÓ** a **COLPENSIONES** recibir sin solución de continuidad como afiliada al **RPMPD** a la señora **DEYANIRA CABRERA VANEGAS** desde su afiliación inicial al **ISS**.

Como sustento de su decisión, indicó que no obra prueba de convicción en el proceso que demuestre la información veraz, clara, precisa y detallada respecto de las consecuencias del traslado de régimen por parte de **PORVENIR** al momento del traslado de régimen de la demandante, lo que constituye una infracción al deber de información.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, para lo cual adujo que no se acreditaron los vicios del consentimiento consagrados en el artículo 1740 del Código Civil, esto es, error, fuerza y dolo. Recalcó que estamos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la administradora de pensiones por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad que es el que por esencia afecta la validez del acto, no obstante, indicó que la nulidad no se alegó dentro del término establecido en el artículo 1750 del Código Civil el cual enseña que la rescisión del contrato se debe reclamar dentro de los cuatro años siguientes al acto. De otro lado, manifestó que en el presente asunto existió una ratificación tácita conforme a lo establecido en el artículo 1754 de la misma codificación ante las afiliaciones horizontales efectuadas por la demandante y que, sobre la descapitalización del sistema pensional la Corte Constitucional ha establecido en materia de traslado que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados dado que el régimen de prima media se descapitalizaría y ello pondría en riesgo el derecho al sistema de seguridad social de los demás afiliados.

PORVENIR S.A., interpuso igualmente recurso de alzada bajo el argumento que se deben reprochar las omisiones de la demandante por no haberse informado al momento del traslado y no haber solicitado ante el ISS la asesoría, pues sin que se niegue el deber que tenía la administradora, es claro que la demandante debía informarse sobre el acto jurídico al que estaba optando máxima cuando son normas legales de común conocimiento. Además, adujo que para la fecha del traslado no estaba determinada en precepto legal una forma concreta de como efectuar la información y la documentación a los afiliados, lo cual solo se desarrolló de manera jurisprudencial y, en ese orden, no se pueden requerir pruebas que antes no se exigían más allá de la suscripción del formulario y el consentimiento



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

del afiliado. Refirió que el desconocimiento de la ley no es excusa y no se puede invocar como pretexto de afectación en los vicios del consentimiento.

A su turno PROTECCIÓN, interpuso recurso de apelación respecto del numeral segundo de la sentencia que condenó en gastos de administración y comisiones al aducir que dichos descuentos se realizaron por disposición legal, válida y exigible y no por capricho de la administradora de pensiones, que en caso de que se considere su traslado se debe proceder a la devolución de todos los rendimientos generados a la administradora de fondos privados, además, sostuvo que en caso de declararse la nulidad del traslado la consecuencia es que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que lo procedente sería solamente trasladar los aportes y no los rendimientos que son exclusivos del RAIS.

Finalmente, COLFONDOS interpuso el recurso de alzada respecto a la condena impuesta en el numeral segundo correspondiente a la devolución de los gastos de administración de manera indexada, pues dicho concepto no hace parte de la cuantía que va depender de la pensión toda vez que está destinado a otros ítems como el pago de la prima de seguro provisional y financiar el fondo de solidaridad pensional, por lo que terceros ajenos a COLFONDOS debieron ser vinculados, toda vez que la entidad no cuenta con estos dineros, recalcó que los descuentos por gastos de administración están previstos en la ley y se deben realizar tanto en el régimen de ahorro individual como en el de prima media, además, que su pago no se puede ordenar de manera indexada, ya que la administradora no puede entrar a cubrir diferencias derivadas del cálculo de equivalencia entre regímenes, COLFONDOS realizó una buena gestión y mes a mes se le consignaron a la demandante los rendimientos por la buena gestión efectuada, sumado a que dicha administradora trasladó todos los fondos que tenía en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora DEYANIRA CABRERA VANEGAS y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en PROTECCIÓN al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, junto con los gastos de administración y comisiones descontados en PORVENIR, COLFONDOS Y PROTECCIÓN?

PREMISAS NORMATIVAS

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

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

Sentencia SL 1888 del 8 de mayo de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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

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

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la señora DEYANIRA CABRERA VANEGAS, se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el 28 de noviembre de 1998, a COLFONDOS el 21 de marzo de 2002 y a SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 30 de septiembre de 2004, administradora en donde se encuentra actualmente afiliada.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora DEYANIRA CABRERA VANEGAS fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas. Tampoco obra prueba en el plenario que permita concluir que tal deber de información lo hayan suplido COLFONDOS o PROTECCIÓN cuando la demandante se trasladó a esas administradoras pues apenas obran los formularios de afiliación a cada una de ellas.

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

Tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba, pese al traslado de la demandante entre administradoras del RAIS, pues tal como lo indicó la Sala



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de Casación Laboral en la Sentencia profonda dentro del expediente 31989 del 09 de septiembre de 2008, *"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales"*.

Se concluye entonces que PORVENIR S.A., COLFONDOS y PROTECCIÓN incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en él por lo que además incumplieron su deber de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales y que, contrario a lo aducido por PORVENIR al sustentar el recurso de alzada, existen desde el nacimiento del régimen privado de pensiones tal como lo ha aclarado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *"...para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba"*.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014)...» (Sentencia SL 1688 – 2019).

En otro punto, tal como lo mencionó el juez de conocimiento, la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, debe incluir los descuentos efectuados por las administradoras de pensiones del régimen privado por concepto de gastos de administración y comisiones, conforme lo ha adoctrinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 8464 – 2019 en los siguientes términos:

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones" (Subrayas fuera del texto).

En ese orden, los descuentos de gastos de administración, así como las demás comisiones destinadas entre otras para las primas de seguros como consecuencia de la afiliación al RAIS no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de las administradoras privadas, que debe asumir las consecuencias de tal conducta con sus propios recursos.

En punto al recurso de apelación Interpuesto por COLPENSIONES, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de dicha entidad, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

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

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado. «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Son suficientes los argumentos expuestos para CONFIRMAR la sentencia impugnada. Sin COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 03 de agosto de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada


MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 26 2019 00279 01
Demandante: LUIS MARTÍN OCHOA PINTO
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR

Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

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

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y a desatar el grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, en el que fue enviada la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

El señor LUIS MARTÍN OCHOA PINTO formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a efectos que se declare la nulidad absoluta del traslado efectuado del régimen de prima media al de ahorro individual a través de PORVENIR y en consecuencia se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el monto total ahorrado en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y las costas del proceso.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, el demandante adujo en síntesis que colizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte inicialmente en el Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES desde el 18 de noviembre de 1975 hasta el 31 de julio de 1998, a partir del 1º de septiembre de 1998 fue trasladado al régimen de ahorro individual con la AFP PORVENIR, sin que se le proporcionara información respecto de cálculos, proyecciones de su futuro pensional como tampoco las implicaciones y consecuencias del traslado de régimen.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones bajo el argumento que la afiliación efectuada por el demandante al RAIS tiene plena validez y en consecuencia, aceptar el traslado de los aportes generaría descapitalización de la administradora. De igual forma, indicó que son las administradoras de fondos privados las que cuentan con la facultad para determinar la anulación de la afiliación, por lo tanto, para aceptar el traslado y



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

vincular al demandante se debe contar con el análisis y aprobación de la entidad privada previo al cumplimiento de los requisitos legales. Formuló las excepciones que denominó: prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

PORVENIR S.A también se opuso a las pretensiones de la demanda toda vez que no existe sustento alguno que permita dar paso a la nulidad de traslado de régimen del demandante, quien en la actualidad se encuentra afiliado a dicha administradora producto de la suscripción del formulario de afiliación de manera libre, voluntaria e informada por parte de PORVENIR, documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. Formuló las excepciones denominadas: prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación,

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 5 de noviembre de 2020, DECLARÓ ineficaz el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de julio de 1998, CONDENÓ a la demandada PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, CONDENÓ a COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR, conclusión a la que arribó luego de argumentar que del formulario de afiliación no se demuestra la información recibida por el actor al momento del traslado y tampoco en lo dicho por el demandante en el interrogatorio se advierte el consentimiento informado.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión PORVENIR S.A. interpuso el recurso de apelación con el argumento que la declaración de ineficacia respecto del acto del traslado propiamente motivado por la jurisprudencia en sede de casación de la Sala Laboral ha reprochado circunstancias en las que los afiliados tienen condiciones diferentes cuyo traslado de régimen los lleva a renunciar a derechos pensionales como el régimen de transición. De otro lado, arguyó que se identificaron por parte de la falladora de primera instancia las etapas del deber de información, sin embargo, probatoriamente se realizó una exigencia adicional, pues el formulario de afiliación no puede verse como una simple manifestación por escrito del afiliado toda vez que, lo que corroboraba era que el demandante en su momento recibió una asesoría, pues se puede ver el responsable de la administradora de pensiones que la suministró, no solo los datos personales, sino la entidad a la que venía el demandante. Advierte que como el tiempo cotizado por el actor al momento del traslado era superior a las 120 semanas, era beneficiario de un bono pensional. También indicó que se relacionó el reporte de los beneficiarios que tiene una incidencia respecto de una presunta mesada pensional. Refirió así que el formulario convalida propiamente que en su momento el demandante recibió esa información y no puede partirse de una mala fe del asesor en el sentido de que no hay medio probatorio alguno por parte del demandante que así lo acredite, más aún cuando las condiciones propias para poderse pensionar a una edad anticipada o monto superior al que se obtendría en el régimen de prima media y demás características del RAIS están establecidos en la ley 100 de 1993, por lo que no es criterio pertinente considerar que el asesor no explicó este tipo de fundamentos máxime cuando no hay certeza de ello. De otro lado, indicó que lo que se extrae del interrogatorio es que el demandante negó haber recibido la información que se le brindó, pero después amplió las características que si le fueron explicadas por lo que se concluye que la asesoría sí se le dio.

Respecto a la devolución de gastos de administración refirió que dicho descuento se encuentra establecido en la Ley 100 para la gestión de los aportes de afiliados



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

y el pago de unos seguros por invalidez y sobrevivencia de los que el demandante se benefició, por lo que tienen una naturaleza y destinación diferente respecto de la contingencia de vejez y en ese sentido, la no causación del siniestro no puede conllevar a que se haga la devolución de ese pago de primas porque no es la naturaleza del contrato de aseguramiento, tal situación lleva a un enriquecimiento sin justa causa a favor del demandante y una afectación al patrimonio económico de PORVENIR. Finalizó con el argumento que dada su naturaleza, la excepción de prescripción si debería prosperar frente a dicho concepto.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 808 del 4 de junio de 2020 y las partes formularon alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el señor LUIS MARTÍN OCHOA PINTO el 29 de julio de 1998 y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en PORVENIR S.A. al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, incluyendo las sumas por concepto de gastos de administración?



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS NORMATIVAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que el señor LUIS MARTÍN OCHOA PINTO se trasladó del régimen de prima media administrado por el otrora Instituto de Seguros Sociales al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante la AFP PORVENIR el 28 de julio de 1998 conforme a la suscripción del formulario de afiliación de folio 124.

CONCLUSIÓN

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

Se concluye entonces que PORVENIR S.A. incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa al demandante y tal omisión



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplió su deber de buen consejo y asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, máxime si se tiene en cuenta que, tal como lo ha aclarado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, *"...el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación... para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

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

Ahora bien, contrario a lo manifestado por el apelante, la línea jurisprudencial frente al deber de información de las administradoras, la carga probatoria de ellas ante el afiliado lego que solicita el traslado y la obligación de que exista un consentimiento informado para tomar la decisión libre y voluntaria de trasladarse al RAIS, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieron una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo

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

“2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Así las cosas, tal como lo señaló el juez de primera instancia, se deben incluir dentro de la condena los descuentos de gastos de administración, como consecuencia de la afiliación al RAIS, los cuales no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliado el demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP que debe asumir las consecuencias de tal conducta

Corolario de lo anterior, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3484 de 2019:

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

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación del accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual del demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, comisiones y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea el accionante hasta que se haga efectivo el mismo, en los términos indicados con anterioridad, por lo que además, se incluirán en la resolutive de la decisión las sumas que se hubieren recibido por concepto de bonos pensionales y demás rubros que no fueron tenidos en cuenta.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.

De conformidad con las razones expuestas se modificará la decisión de primera instancia respecto de la devolución ordenada a PORVENIR, tal como se indicó en precedencia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"CONDENAR a PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado sin



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que le sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones y seguros previsionales"

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GALDO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 34 2018 00529 01
Demandante: JORGE ARTURO SIERRA VERGARA
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR
Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Se reconoce personería para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES a la profesional del derecho NORTHEY ALEJANDRA HUERFANO identificada con C.C. No. 53.074.475 y portadora de la T.P. No. 287.274, conforme a la sustitución del poder aportada mediante correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES y a desatar el grado jurisdiccional de Consulta en el que fue enviada la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

1. DEMANDA

El señor JORGE ARTURO SIERRA VERGARA formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y de la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que previos los trámites del proceso ordinario laboral se declare la nulidad del traslado efectuado el 1º de septiembre de 2000 del régimen de prima media al de ahorro individual con la AFP PORVENIR, ante la omisión del deber de información y en consecuencia, se condene a PORVENIR a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubiesen causado, a COLPENSIONES recibir los valores y contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS. De manera subsidiaria, se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado al régimen de ahorro individual al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento del traslado.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, el demandante adujo en síntesis que se vinculó al régimen de prima media el 30 de abril de 1985 a través de CAJANAL, el 1º de septiembre de 2000 se vinculó a PORVENIR sin recibir información clara y precisa respecto los beneficios y desventajas de cada uno de los regímenes, no le informaron cuanto sería el capital necesario para afiliarse en el RAIS a fin de adquirir la pensión y en qué monto, no le indicaron respecto de los descuentos de seguros de invalidez y sobrevivientes, la posibilidad de negociar el bono pensional y las demás características del régimen de ahorro individual.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES se opuso a las pretensiones toda vez que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consiente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR. Formuló las excepciones que denominó:



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción

PORVENIR S.A. al contestar la demanda se opuso igualmente a las pretensiones al aducir que no se configuró un vicio del consentimiento puesto que el señor SIERRA VERGARA de forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios (error, fuerza o dolo), suscribió el formulario en el cual se hace expresa mención sobre la circunstancia de haber signado el documento de forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ningún asesor, pues su firma es auténtica y no ha sido cuestionada, a pesar que aduzca que suscribió el documento sin la información suficiente. Formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020, DECLARÓ la nulidad del traslado realizado por el demandante JORGE ARTURO SIERRA VERGARA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual efectuado el 31 de agosto de 1999, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. y la condenó a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, CONDENÓ a COLPENSIONES como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegra la AFP PPORVENIR S.A. y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas., conclusión a la que arribó luego de indicar que al proceso solo se aportó como prueba documental conducente la solicitud de vinculación o traslado efectuado por el demandante a la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

administradora del fondo privado que su contenido carece de ilustración acerca de las condiciones precisas por medio de las cuales el demandante entraría a hacer parte del RAIS, pues solo están contemplados datos de índole personal y laboral que no contiene el carácter circunscripto que debe comportar el traslado de régimen pensional, observándose una falta del deber de información que las administradoras de pensiones están llamadas a atender

5. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación bajo el argumento que el demandante estuvo afiliado a CAJANAL hoy a cargo de la UGPP y posteriormente a PORVENIR por lo que nunca estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES, y en ese orden, no es viable recibir a una persona que no cotizó a dicha administradora. Así mismo, señaló que en virtud de que al demandante no se le está negando el derecho a acceder a una pensión de vejez, sino que su inconformidad versa sobre el monto de la pensión se debe estudiar el impacto en la estabilidad financiera de COLPENSIONES, pues al aceptar al demandante y concederse la pensión faltando menos de diez años del cumplimiento de los requisitos, se descapitalizaría el fondo de prima media con prestación definida como lo ha indicado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

A su turno, PORVENIR interpuso el recurso de alzada a fin que se revoque en su totalidad la sentencia proferida y en su lugar, se absuelva a la entidad de las condenas impuestas, en primer lugar, por cuanto al declararse la nulidad del traslado el verdadero problema jurídico se limita a determinar la exigencia del error como vicio del consentimiento y de allí derivar las consecuencias pretendidas, que en ese marco, es conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al examen que determina, primero, la obligación de información a cargo de la administradora y segundo la suficiencia, por lo que precisamente el formulario se tiene como obligación de este deber, documento probatorio que conforme al



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

artículo 256 del C.G.P. no está sujeto al arbitrio judicial sino que es un imperativo de ley.

Refirió que PORVENIR no desconoce que existiera una obligación del deber de información y, por el contrario, como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, el transcurrir del tiempo ha aumentado ese grado de intensidad frente al deber de información que pasó del buen consejo a la obligación de la doble asesoría y teniendo en cuenta que el traslado del demandante ocurrió en 1999, la asesoría brindada cumplía con las exigencias establecidas, además, que según se desprende de la Circular 019 de la Superintendencia Financiera la única exigencia establecida para la validez del traslado era que el afiliado expresara su voluntad con la suscripción del formulario, de manera que la administradora cumplió con la totalidad de las exigencias y se demostró la afiliación libre, voluntaria e informada por parte del señor JORGE ARTURO SIERRA VERGARA. Refirió que la obligación de realizar proyecciones y cálculos surgió con la publicación del Decreto 1748 de 2014, por lo que no era exigible al momento del traslado, adicional a que el demandante manifestó en su interrogatorio la variación de su salario y en ese orden, no era posible efectuar un cálculo con cifras reales cuando los ingresos del demandante han sufrido variaciones a través del tiempo.

De otro lado, indicó que según la jurisprudencia, las administradoras deberían suministrar información necesaria en lenguaje claro y comprensible para llegar a una plenitud o mayor transparencia respecto de las consecuencias del cambio de régimen, sin embargo, en este caso se apeala a la condición de profesional del derecho del demandante, pues conforme indicó en el interrogatorio es abogado y ha trabajado por más de 35 años como funcionario público en el cargo de asesor de procuraduría hasta fiscal especializado. Además de ello que el actor señaló no haber recibido información o asesoría a pesar de haberse afiliado en más de una ocasión dentro del RAIS, primero en COLPATRIA y luego PORVENIR antes de la cesión entre ambas entidades, por lo que tuvo la oportunidad de contar con un asesor que estaba capacitado para brindar la información que el demandante requiriera, pues como lo manifestó en su interrogatorio no realizó preguntas,



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

incluso relató que hubo voluntad y que la información brindada para él fue suficiente, igualmente que el demandante relató que el traslado lo realizó ante la inseguridad de saber que el ISS se iba a extinguir, sin embargo, éste no era un hecho falso sino notorio respecto de una crisis económica del ISS y que ahora pasó a manos de COLPENSIONES. De otro lado, que según lo indicado en el interrogatorio la única inconformidad del señor SIERRA VERGARA es la diferencia en el monto de la mesada pensional la cual no se ajustaba a sus expectativas después de haber trabajado más de 35 años sin que se centre su petición en los vicios del consentimiento, los cuales no se acreditaron y tampoco se alegaron.

Finalmente, manifestó que no es procedente devolver sumas diferentes a las contempladas en el literal b) del artículo 113 de la ley 100 de 1993, pues ningún otro valor este destinado a financiar la pensión y en ese orden, determinar que se reintegren los gastos de administración es como decirle a la aseguradora que si no se presenta el riesgo, debe devolver el valor de la póliza, precisión que se hace en atención a que se ordenó el reintegro de todos los dineros de la cuenta individual del demandante. Añadió que en concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia en estos casos las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado sin la devolución de la prima de seguro previsional en consideración a que se cumplió con la obligación de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse NULO Y/O INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por el señor JORGE ARTURO SIERRA VERGARA y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en PORVENIR S.A. al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, incluyendo las sumas por concepto de gastos de administración?

PREMISAS NORMATIVAS

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

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

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

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

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

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que el señor JORGE ARTURO SIERRA VERGARA se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través de CAJANAL desde el 30 de abril de 1985 según se indica en los hechos de la demanda, posteriormente obra afiliación al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1º de abril de 1994 de conformidad con el reporte de semanas cotizadas de folio 16. Igualmente se advierte que el actor se trasladó del RPMPD administrado por el otrora ISS al régimen de ahorro individual mediante la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 31 de agosto de 1999 efectivo desde el 1º de octubre del mismo año. así mismo, se observa un segundo traslado de la AFP COLPATRIA a PORVENIR el 13 de julio de 2000 conforme se desprende de los formularios de afiliación de folios 167 y 168 y el historial de vinculaciones de Asofondos de folio 174.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

y completa asesoría dada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no al demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., como quiera que no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, pues la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada al señor SIERRA VERGARA fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar el demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas, deberes todos estos que debía observar la administradora privada, aún ante la condición de abogado del demandante, pues, en primer lugar, fue claro en su interrogatorio de parte en afirmar que era especialista en derecho penal y que solo tenía conceptos básicos de laboral, no conocía como operaba el RAIS y por ende, creyó que la información suministrada guardaba relación con la verdad, en ese orden, se advierte que no está acreditado que el desempeño del actor como funcionario público haya sido en temas de seguridad social, de manera pues que no se trata de una persona experta en el tema, siendo claro que el afiliado independientemente de su profesión era merecedor de una información, clara, completa y comprensible previo a tomar la trascendental decisión de trasladarse de régimen pensional.

Se concluye entonces que PORVENIR S.A. incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa al demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplió su deber de buen consejo y asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, pues, tal como lo ha aclarado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, "...el



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación... para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba, pese al traslado de la demandante entre administradoras del RAIS, pues tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral en la Sentencia proferida dentro del expediente 31889 del 09 de septiembre de 2008, *"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales"*.

En ese orden, en el presente asunto el traslado de régimen resulta ineficaz lo que se traduce en que no produce efecto alguno y debe el demandante retomar al régimen de prima media, por lo que es acertada la decisión del a quo, no obstante, debe modificarse la sentencia en cuanto la misma declaró la nulidad del traslado y no la ineficacia que es el fundamento de la decisión adoptada, en consonancia con lo decantado por el órgano de cierre de la jurisdicción en la línea jurisprudencial señalada en las premisas normativas.

De otro lado, es dable precisar que, en la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos de administración y comisiones como los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

"2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz. la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

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

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

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

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

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).*

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que "...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones".

Así las cosas, se deben incluir dentro de la condena los descuentos de gastos de administración y comisiones como consecuencia de la afiliación al RAIS, las cuales no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliado el demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la AFP que deben asumir las consecuencias de tal conducta, por lo que habrá de modificarse la sentencia en ese sentido toda vez que no se incluyeron dichos conceptos en la resolutive de la decisión.

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



Iribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

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

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación del accionante. los cuales están destinados justamente a financiar su pensión. independientemente de si ha



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió, por lo que la administradora actual del demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, comisiones y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea la accionante hasta que se haga efectivo el mismo, en los términos indicados con anterioridad.

Ahora, en este punto y teniendo en cuenta la apelación de COLPENSIONES es dable precisar que contrario a lo señalado por dicha administradora se advierte que el actor no se encontraba afiliado a CAJANAL para la fecha del traslado inicial de régimen efectuado el 31 de agosto de 1999 por medio de COLPATRIA hoy PORVENIR, y por el contrario, se observa que se encontraba afiliado y cotizando al ISS, pues así se desprende del resumen de semanas cotizadas de COLPENSIONES, el formulario de afiliación del traslado inicial en el que se indica claramente que la administradora anterior del afiliado era el Instituto de Seguros Sociales y del historial de ASOFONDOS en el que también se precisa dicha situación y en ese orden es a COLPENSIONES a donde debe retornar y la entidad de seguridad social a la que se le debe efectuar la devolución de los saldos contenidos en la cuenta del actor conforme a los términos expuestos.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

De conformidad con las razones expuestas se modificará la decisión de primera instancia respecto de la devolución ordenada a PORVENIR, tal como se indicó en precedencia. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en la suma de \$300.000 respecto de cada una de ellas como agencias en derecho

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado por el demandante JORGE ARTURO SIERRA VERGARA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado el 31 de agosto de 1999, a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia de la siguiente manera:

"SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de JORGE ARTURO SIERRA VERGARA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, sin que le sea posible



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

descontar suma alguna por gastos de administración, comisiones y seguros previsionales"

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$300.000 como agencias en derecho a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 32 2019 00588 01
Demandante: LILIANA MARIÑO RAMÍREZ
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR
Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERA identificado con C.C. No. 80.094.916 y T.P. No. 244.839 del C.S. de la Judicatura, como apoderado sustituto de COLPENSIONES de conformidad con la sustitución del poder aportado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES Y PORVENIR, así como a desatar el grado jurisdiccional de Consulta en el que fue enviada la sentencia proferida el 21 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora LILIANA MARIÑO RAMÍREZ formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PORVENIR S.A para que previos los trámites del proceso ordinario laboral se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual mediante la AFP PORVENIR por haber sido inducida a error por parte del asesor de dicha administradora, en consecuencia, se ordene el retorno automático al régimen de prima media con prestación definida, se condene a PORVENIR devolver todos los valores de su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, rendimientos financieros, así como todos sus frutos e intereses. es decir con los rendimientos a que hubiere lugar.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que en septiembre de 1987 se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto Instituto de Seguros Sociales, en el mes de diciembre de 1996 los asesores de PORVENIR le propusieron la opción de trasladarse al RAIS asegurándole que dicha administradora contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, igualmente, refirió que el asesor que la atendió de manera personal le indicó que el ISS sería reformado e incrementaría los requisitos para acceder a la pensión de vejez y se reduciría considerablemente la tasa de reemplazo, que el asesor omitió informarle que debía hacer aportes adicionales para completar el capital mínimo requerido para obtener la pensión, tampoco le informó sobre las implicaciones del traslado ni le realizó proyecciones comparativas.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda COLPENSIONES S.A. se opuso a las pretensiones por cuanto en el proceso no obra prueba alguna que demuestre que a la demandante se le hubiese inducido en error (falta del deber de Información) por parte de la AFP PORVENIR o que se está en presencia de alguno de los vicios del consentimiento error, fuerza o dolo, así mismo no obra nota de protesta o



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

anotación alguna que permita inferir con certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante y al contrario, se advierte que los documentos se encuentran sujetos a derecho. Formuló las excepciones denominadas: inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia en el pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y compensación.

PORVENIR S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones y adujo que la afiliación efectuada por la demandante a dicha administradora en el año 1996 fue producto de una decisión libre e informada, después de haber recibido una asesoría amplia respecto de las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del RAIS y en particular de sus condiciones pensionales individuales, como se aprecia en la solicitud de vinculación en la que se observa la declaración escrita establecida en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el artículo 54 A del Código Procesal del Trabajo. Formuló las excepciones denominadas: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 21 de octubre de 2020, DECLARÓ no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, DECLARÓ la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante LILIANA MARIÑO RAMÍREZ a través de PORVENIR S.A., de fecha 5 de septiembre de 1996 y como consecuencia, CONDENÓ a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y lo descontado



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. ORDENÓ a la demandada COLPENSIONES recibir a la demandante LILIANA MARIÑO RAMÍREZ como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen y condenó en costas a PORVENIR, decisión que fundamentó en que, a las administradoras de fondos privados les incumbe acreditar que cumplieron con el deber de información correspondiente a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

5. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación bajo el argumento que la decisión proferida por el juez afecta tres principios fundamentales del derecho: la inescindibilidad de las normas toda vez que a una ineficacia en el sentido estricto se le da la facultad de una nulidad y se hacen restituciones unilaterales, el principio de la confianza legítima toda vez que el formulario de afiliación para la época del traslado era el único requisito sine qua non para demostrar la validez y existencia del contrato y ya resulta que no tiene ninguna validez y tercero, el principio de la sostenibilidad financiera ya que la decisión va en contravía de lo que ha dicho la Corte Constitucional sobre la protección fundamental de este principio como quiera que en un futuro se van a ver afectados millones de pensionados por la negligencia e irresponsabilidad de los demandantes en este tipo de procesos.

Recalcó que el formulario de afiliación se presume auténtico, sin embargo pasando por encima de las normas sustanciales y procedimentales se da más valor a un interrogatorio que a dicha prueba documental, además, indicó que, nadie está obligando a probar lo imposible, pues no había obligación de consignar estas asesorías en documento lo que afecta el principio de confianza legítima, toda vez que el Estado por medio de la Corte Suprema de Justicia cambió las reglas del juego para decir que el formulario ya no tiene validez porque no demuestra lo que



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

la ley no exigía en su momento. En cuanto al principio de inescindibilidad de las normas precisa que la consecuencia jurídica de la ineficacia tampoco es la correspondiente, pues para intentar proteger el sistema se obliga a trasladar a la administradora de fondos privados todos los valores incluyendo los gastos de administración y cuotas de la aseguradora, frente a lo cual se olvida que las obligaciones de tracto sucesivo no son susceptibles de restitución conforme a la jurisprudencia y la doctrina, pues no se trata de retrotraer las cosas a su estado original, como quiera que ello corresponde a la nulidad y las cláusulas rescisorias, sin embargo, en esta errada idea, ante la creación de una ficción jurídica consistente en que el afiliado nunca estuvo en el RAIS no existe fundamento para restituir dineros que nunca se generaron y que por ende, su devolución constituye un enriquecimiento sin causa, además, que se obliga restituir a la administradora pero no al demandante a restituir los frutos financieros pese a que nunca existieron y tampoco los genera el régimen de prima media, por lo que insiste en que esa decisión salomónica no tienen asidero en el ordenamiento jurídico. Finalmente, refirió que conforme al artículo 20 de la ley 100 de 1993, estas cuotas no pertenecen a los dineros destinados para la pensión, pues son netamente económicos y sufren las mismas consecuencias de las mesadas pensionales y en ese orden debió al menos declarar la prescripción sobre estos valores pues no tiene la protección de imprescriptibilidad.

COLPENSIONES interpuso igualmente el recurso de alzada, para lo cual argumentó que el juez de instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico, por lo que independientemente de la decisión adoptada no puede ser perjudicada con la misma y, en ese orden, recibir a la actora nuevamente en el régimen de prima media afectaría gravemente el equilibrio financiero del sistema general en pensiones como la sostenibilidad financiera establecida en el artículo 48 de la Constitución Política, pues debe tenerse en cuenta el impacto en la reserva pensional dado que existe una alta posibilidad en un futuro de reconocimiento de derechos pensionales a la actora con alto impacto en el equilibrio financiero del sistema y en la reserva pensional para tales fines, como quiera que no se tuvo en



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

cuenta a la demandante para la referida reserva. En últimas, en caso de determinarse que no hay otra posibilidad, solicitó que se condene a PORVENIR a pagar a Colpensiones los perjuicios económicos que ello genere en virtud de la teoría del daño.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora LILIANA MARINÓ RAMÍREZ y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en PORVENIR al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, junto con los gastos de administración y comisiones?

PREMISAS NORMATIVAS

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la señora LILIANA MARIÑO RAMÍREZ, se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el 05 de septiembre de 1996 efectivo a partir del 1º de noviembre del mismo año, administradora en donde se encuentra actualmente afiliada.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala, PORVENIR S.A. no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, la única prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora LILIANA MARIÑO RAMÍREZ fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento dio el respectivo asesor, sin que ello implique que se esté desconociendo la validez de dicho documento conforme lo sostuvo PORVENIR en el recurso de alzada, pues a lo sumo acredita el consentimiento, pero no lo informado a la demandante al trasladarse al RAIS, tal como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.

Se concluye entonces que PORVENIR S.A. incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplió su deber de buen consejo y asesoría y vulneró los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales y que existen desde el nacimiento del régimen privado de pensiones tal como lo ha aclarado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, "...para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

En otro punto, tal como lo mencionó el juez de conocimiento, la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, debe incluir los descuentos efectuados por las administradoras de pensiones del régimen privado por comisiones de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha adoctrinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

"2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

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

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

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

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

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”.

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: *“...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (Subrayas fuera del texto).

En ese orden, los descuentos de gastos de administración, así como las demás comisiones destinadas entre otras para las primas de seguros como consecuencia de la afiliación al RAIS no pueden beneficiar a la administradora, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la administradora privada, que debe asumir las consecuencias de tal conducta.

En punto a lo argumentado por las entidades demandadas en el recurso de alzada, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de dicha entidad, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con el cual se va a



Tribunal Superior de Bogotá

Salvo de Decisión Transitoria Laboral

financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».

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

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

Quiere decir lo anterior que la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

oportunidad de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación al RAIS nunca existió.

Ahora, en este punto es dable precisar que no es procedente ordenar el pago de perjuicios a cargo de PORVENIR y a favor de COLPENSIONES como se solicita en el recurso de alzada, pues tales circunstancias no fueron disculadas dentro del proceso ordinario laboral y por ende tampoco pueden ser objeto de estudio en esta instancia procesal.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.

Son suficientes los argumentos expuestos para CONFIRMAR la sentencia impugnada. Sin COSTAS en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de octubre de 2020 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitorio Laboral

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Edna Constanza
EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

Martha Ines Ruiz Giraldo
MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

Lilly Yolanda Vega Blanco
LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 451 del 28 de marzo de 2020



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral: 1100131050 35 2019 00227 01
Demandante: BLANCA ROSALBA RAMÍREZ TORRES
Demandado: UGPP

Magistrada Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de junio de 2020.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora BLANCA ROSALBA RAMÍREZ TORRES interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP, con el fin que se tenga en cuenta el tiempo laborado como trabajadora oficial al servicio del ISS -empleador en el cargo de supernumerario entre el 12 de junio de 1974 y el 7 de agosto de 1984, como consecuencia, se condene a la UGPP a reconocer la pensión de jubilación convencional a partir del 25 de febrero de 2005 por todo el tiempo laborado desde el 12 de junio de 1974



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

hasta el 25 de febrero de 2005, bajo los parámetros del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001, los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones indicó la demandante que tuvo un vínculo laboral con el ISS como supernumeraria desde el 12 de junio de 1974 hasta el 07 de agosto de 1984, en el cargo de servicios asistenciales del 1° de septiembre de 1984 al 09 de mayo de 1988 y desde el 22 de agosto de 1989 hasta el 25 de junio de 2003 prestó sus servicios para el ISS - Unidad Hospitalaria Clínica San Pedro Claver, para un total de 20 años, 7 meses y 17 días en calidad de trabajadora oficial. De otro lado, indicó que nació el 25 de febrero de 1955 y cumplió los 55 años en 2005, se encuentra afiliada al sindicato nacional de trabajadores de la Seguridad Social, organización sindical que suscribió Convención Colectiva con el ISS el 31 de octubre de 2001 con vigencia que va más allá del año 2017 como lo estableció el artículo 98 de dicho acuerdo.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Admitida y notificada la demanda, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP se opuso a las pretensiones al argumentar que la demandante no tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de jubilación establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, pues reposa en el expediente administrativo que la demandante laboró para el ISS desde el 22 de agosto de 1989 hasta el 25 de junio de 2003, es decir, un total de 5.055 días laborados correspondientes a 13 años, 10 meses y 13 días.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 26 de junio de 2020, ABSOLVIÓ a la UGPP de las pretensiones formuladas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido

Para arribar a dicha conclusión, sustentó el a quo que la demandante cumplió con el requisito de la edad establecido en la Convención Colectiva, pues alcanzó los 50 años de edad el 25 de febrero de 2005 dentro del límite temporal establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, sin embargo, no acreditó el tiempo de servicios exigido, punto sobre el cual tuvo en cuenta los tiempos laborados por la demandante en el cargo de supernumerario desde el 12 de junio de 1974 hasta el 7 de agosto de 1984, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia constitucional, para lo cual puso de presente la *ratio decidendi* de la sentencia T-261 y C-401 de 1998 en donde se ha dispuesto que a los supernumerarios se les debe catalogar como trabajadores oficiales y en ese orden se incluyeron los 1.248 días equivalentes a 3 años, 5 meses y 18 días laborados en tal calidad.

De otro lado, señaló que también obra certificación laboral de folio 35 en la que se relaciona que la señora BLANCA ROSALBA RAMÍREZ TORRES suscribió varios contratos de administración de servicios en el cargo de servicios asistenciales durante el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 1984 y julio de 1988, sin embargo, dentro del libelo introductorio no se solicita la declaratoria de una relación laboral por dicho periodo, no obstante, se efectuó un estudio para verificar si se configuró advirtiéndose que solamente se aportó la referida certificación, sin que de la misma se pueda desprender una relación de trabajo entre la demandante y el ISS, por lo que concluyó que dicho periodo no puede ser tenido en cuenta para efectos de realizar el estudio pensional.

Finalmente, se advirtió que la actora laboró para el ISS desde el 22 de agosto de 1989 hasta el 25 de junio de 2003 un total de 5.572 días, equivalentes a 15 años.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

5 meses y 22 días, y en consecuencia, conforme a los periodos tenidos en cuenta, la demandante acreditó un total de 18 años 11 meses y 10 días de servicios, suma inferior a los 20 años exigidos en el artículo 98 de la Convención Colectiva por lo que no pueda ser beneficiaria de dicha prestación pensional

5. APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante interpuso recurso de apelación a fin de que se revoque la sentencia y en su lugar se conceda la prestación teniendo en cuenta como tiempo trabajado por la demandante desde el 12 de junio de 1974 hasta el 7 de agosto de 1984 y en total desde el 12 de junio de 1974 hasta el 25 de junio de 2003 y establecerse así que la demandante cumplió con todos los requisitos de la pensión solicitada.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿La señora BLANCA ROSALBA RAMÍREZ TORRES cumple con los requisitos exigidos para el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación en los términos



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

del artículo 98 de la convención colectiva de trabajo celebrada entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL – SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001?

PREMISAS NORMATIVAS

Artículo 98 de la Convención Colectiva de trabajo celebrada entre la organización sindical SINTRASEGURIDAD SOCIAL y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 31 de octubre de 2001:

“El trabajador oficial que cumpla 20 años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de 55 años si es hombre y 50 años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al promedio de lo percibido en el período que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales...”.

El artículo 48 de la Constitución Política de Colombia fue adicionado por el Acto Legislativo No. 001 de 2005, que implementó modificaciones a las pensiones convencionales y al régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

En lo que tiene que ver con las pensiones convencionales, el parágrafo 2º estableció:

“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones ”



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

Y para salvaguardar los derechos adquiridos de los trabajadores próximos a pensionarse en los términos de convenciones colectivas vigentes en empresas públicas y privadas, el parágrafo transitorio 3º señaló:

"Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

PREMISAS FACTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia, que la señora BLANCA ROSALBA RAMÍREZ TORRES nació el 25 de febrero de 1955 por lo que cumplió 50 años de edad el mismo día y mes del año 2005. De otro lado, se demostró que laboró para el extinto ISS como supernumerario en el cargo de servicios asistenciales durante diferentes periodos entre el 12 de junio de 1974 y el 17 de agosto de 1984 un total de 1.248 días equivalentes a 3 años, 5 meses y 18 días. Estuvo vinculada mediante contratos administrativos de prestación de servicios en el cargo de auxiliar de servicios asistenciales en forma discontinua desde el 1º de septiembre de 1984 hasta el 6 de julio de 1988 y finalmente, laboró para el extinto ISS como trabajadora oficial desde el 22 de agosto de 1989 hasta el 25 de junio de 2003 correspondiente a 5.572 días, es decir, 15 años, 5 meses y 22 días.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONCLUSION

Teniendo en cuenta las premisas normativas señaladas, el derecho pensional consagrado en la convención colectiva de trabajo suscrita entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y SINTRASEGURIDADSOCIAL se causa luego de 20 años de servicios continuos o discontinuos al Instituto como trabajador oficial y 50 años de edad para las mujeres. En ese orden, a fin de determinar si la demandante cumplió con el tiempo de servicios exigido, se debe precisar que, contrario a lo señalado por la parte demandante en el recurso de alzada, el juez de primera instancia sí tuvo en cuenta el periodo laborado por la demandante entre el 12 de junio de 1974 hasta el 17 de agosto de 1984 como supemumeraria, aclarándose entonces que los tiempos excluidos para el estudio pensional corresponden a los comprendidos entre el 1º de septiembre de 1984 y el 6 de julio de 1988 los cuales, según el certificado de folio 35 fueron laborados bajo la modalidad de contratos administrativos de prestación de servicios y, tal como lo precisó el a quo, no pueden ser tenidos en cuenta para el estudio pensional en tanto que la demandante no ostentaba la calidad de trabajadora oficial del ISS, sin que dentro del libelo introductorio se solicitara la declaratoria de un contrato realidad o se llamara a juicio la entidad representante del extinto ISS como empleador que pueda ser perjudicada con una eventual declaratoria del contrato y es ante tal panorama que se imposibilita la inclusión de los referidos periodos, concluyéndose entonces el incumplimiento de los tiempos requeridos exigidos para la adquisición del derecho pensional reclamado, pues tan solo se acreditó un total de 18 años, 11 meses y 10 días de servicios prestados como trabajadora oficial.

Son suficientes las anteriores razones para CONFIRMAR la sentencia impugnada. COSTAS en esta instancia a cargo de la apelante en la suma de \$300 000 como agencias en derecho.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del apelante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO

Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada



Tribuna Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora **MYRIAM LUCÍA RAMÍREZ CUESTA** formuló demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a efectos que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por la indebida y nula información al momento del traslado y, en consecuencia, se ordene a **PORVENIR** trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual y a **COLPENSIONES** recibirla sin solución de continuidad, actualizar y corregir la historia laboral.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que cotizó al régimen de prima media 663 semanas, que el 8 de enero de 1997 se trasladó a **PORVENIR** pues los funcionarios de dicha entidad le dijeron que no se iba a pensionar en el **ISS** porque iba a desaparecer. los asesores no realizaron proyecciones de la mesada pensional en cada régimen, no le informaron el capital necesario para pensionarse, omitieron información acerca del bono pensional, nunca le explicaron como se calculaba la pensión en el **RAIS**, no le entregaron un plan pensional ni el reglamento de la administradora y no le informaron respecto de la posibilidad de retracto y otras características del **RAIS**.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida y notificada la demanda, **PORVENIR S.A.** en su contestación se opuso a las pretensiones, toda vez que la afiliación es válida y carece de vicios del consentimiento. Formuló las excepciones denominadas prescripción, falta de



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

COLPENSIONES se opuso igualmente a las pretensiones, para lo cual adujo que no obra prueba en el expediente que demuestre se le haya inducido en error a la demandante (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) y tampoco se demuestra dentro de las solicitudes notas de protestas o anotación alguna que permita inferir que hubo una inconformidad por parte de la demandante y al contrario, se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria. Formuló las excepciones que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020 resolvió DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MYRIAM LUCÍA RAMÍREZ CUESTA, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de ello, ordenó a esta administradora trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, CONDENÓ a la AFP PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración y CONDENÓ a COLPENSIONES a volver a afiliar a la señora RAMÍREZ CUESTA al régimen de prima media con



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

Como sustento de su decisión señaló el a quo que PORVENIR S.A. no demostró que le hubiese suministrado una información completa a la demandante con las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes al momento del traslado conforme a la línea jurisprudencial vigente. Además de ello, que se demostró el perjuicio ocasionado con el traslado pues se advierte una diferencia considerable entre la mesada que devengaría la mandante entre uno y otro régimen resultando la del régimen de prima media superior, por lo que consideró procedente declarar la ineficacia con los efectos que ello conlleva, debiendo asumir con su propio patrimonio la AFP los gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante a la administradora de pensiones como lo ha sostenido la jurisprudencia.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión COLPENSIONES la impugnó al aducir que la afiliación fue libre, voluntaria, sin presiones y sin constreñimiento por una persona plenamente capaz. Que las meras expectativas no constituyen derecho en contra de una ley nueva que las anule o cercene. La caducidad de la recisión del formulario de afiliación de conformidad con el artículo 1750 del Código Civil señala el término de cuatro años para solicitarla y se aplica el saneamiento del vicio de nulidad de conformidad con los artículos 1752 y 1754 del Código Civil al haberse trasladado a varios fondos, de otro lado, que deben tenerse en cuenta los principios de sostenibilidad fiscal del sistema pensional, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, nadie puede alegar a su favor su propia culpa y que hay hechos sobrevinientes que no se pueden proveer al momento de la afiliación.

A su turno, PORVENIR interpuso parcialmente el recurso de alzada en relación a la devolución de gastos de administración, al aducir que tanto COLPENSIONES como las administradoras de fondos privados tienen la obligación de descontar por concepto de gastos de administración el mismo porcentaje y, en ese orden no hay



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

lugar a su devolución por cuanto dadas las características del RAIS la cuenta de la demandante se incrementó por los rendimientos sin que se encuentre descapitalizada y además, COLPENSIONES debe descontar igualmente el 3% por los gastos de administración del dinero que reciba.

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto BD6 del 4 de junio de 2020 y la parte demandada COLPENSIONES formuló alegatos de conclusión por escrito dentro del término legal los cuales obran en el expediente.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ Y/O NULO el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora MYRIAM LUCÍA RAMÍREZ CUESTA y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en PORVENIR S.A. al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, incluyendo las sumas por concepto de gastos de administración?

PREMISAS NORMATIVAS

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la señora MYRIAM LUCÍA RAMÍREZ CUESTA se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR efectivo desde el 1º de marzo de 1997 y, como sustento del traslado, se aporta únicamente el formulario de afiliación.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONCLUSIÓN

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

En ese orden, se debe precisar en primer lugar, que en el presente asunto no se discuten los vicios del consentimiento como lo sostiene COLPENSIONES en su recurso de alzada, toda vez que no estamos frente a la solicitud de nulidad de la afiliación y por el contrario el presente asunto se aborda desde su ineficacia que es la consecuencia de la afiliación desinformada, como lo ha señalado nuestro órgano de cierre, por lo que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación del error, fuerza o dolo, cuando la jurisprudencia que se toma como premisa, consagró que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada.

Se concluye entonces que PORVENIR S.A. incumplió de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que además incumplió su deber de buen consejo y asesoría y vulneró los principios mínimos



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, siendo éste un deber exigible desde su creación tal como lo ha aclarado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, "...para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.

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

En otro punto, tal como lo mencionó el juez de conocimiento, la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado debe incluir los descuentos efectuados por las administradoras de pensiones del régimen privado por concepto de gastos de administración y comisiones, conforme lo ha adoctrinado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

"2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018). Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: "...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones"

En ese orden, los descuentos de gastos de administración como consecuencia de la afiliación al RAIS no pueden beneficiar a la administradora, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de la administradora privada, que debe asumir las consecuencias de tal conducta con sus propios recursos.

Ahora, en punto al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto



Tribuna Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de COLPENSIONES, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

En cuanto a la excepción de prescripción formulada por las demandadas, debe indicarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 relacionadas en las premisas normativas, señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.

Son suficientes los argumentos expuestos CONFIRMAR la sentencia impugnada. COSTAS en esta instancia a cargo de las apelantes en la suma de \$300.000 como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas y a favor del demandante.

DECISIÓN

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en atención a lo expuesto en las consideraciones del presente proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las apelantes en la suma de \$300.000 a cargo de cada una de ellas como agencias en derecho.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE


EDNA CONSTANZA LIZÁRAZO CHAVES
Magistrada


MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 26 de marzo de 2020



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral 1100131050 36 2018 00424 01
Demandante: OLGA LUCÍA CARDOZO GUTIÉRREZ
Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR Y COLFONDOS
Magistrado Ponente: EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Bogotá D.C , treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de la demandante, a la Dra. XIMENA ALEXANDRA AGUILLÓN PACHÓN identificada con C.C. No. 1.013.646.376 y portadora de la T.P. No. 306.769 de conformidad con las facultades del poder conferido aportado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR y a desatar el grado jurisdiccional de Consulta en el que fue enviada la sentencia profanda el 09 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora OLGA LUCÍA CARDOZO GUTIÉRREZ formuló demanda en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS para que previos los trámites del proceso ordinario laboral se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS efectuado el 07 de septiembre de 1999 por el incumplimiento al deber de información y en consecuencia, se ordene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos a que hubiere lugar, y a COLPENSIONES a activar su afiliación y actualizar la historia laboral.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, adujo en síntesis que nació el 21 de julio de 1963, se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 28 de mayo de 1988, en 1999 se vinculó al RAIS por medio de COLFONDOS, entidad que no le informó las implicaciones del traslado, la naturaleza propia del régimen de capitalización, las desventajas del RAIS, los escenarios comparativos de la pensión en uno u otro régimen, ni las ventajas de permanecer en el régimen de prima media.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida y notificada la demanda COLPENSIONES se opuso a las pretensiones toda vez que no obra prueba de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento por parte de la AFP, así mismo, que no se observa dentro de las solicitudes notas de protestas o anotación alguna que permita inferir que hubo alguna inconformidad por parte de la demandante y al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, se suscribieron de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, que la actora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Formuló las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

COLFONDOS S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda que impliquen reconocimientos o condenas en contra de dicha entidad. Formuló las excepciones denominadas: inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento en el que se genere la nulidad, prescripción, caducidad y buena fe.

En audiencia celebrada el 25 de septiembre de 2019 se dispuso la vinculación de la AFP PORVENIR, entidad que se notificó en legal forma y al contestar la demanda se opuso a las pretensiones por cuanto no se encuentran dirigidas en su contra. Formuló las excepciones de: prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 09 de julio de 2020, resolvió DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora OLGA LUCÍA CARDOZO GUTIÉRREZ el 1º de septiembre de 1994, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, CONDENÓ a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otro, DECLARÓ no probada la excepción de prescripción y CONDENÓ en COSTAS a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. con la suma de \$900.000 a título de agencias en derecho, distribuidas a prorrata.

Como sustento de su decisión, con fundamento en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, señaló que no se



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

demostró por parte de la sociedad administradora del RAIS el deber de información al momento del traslado respecto de las características de los regímenes pensionales, sin que el formulario de afiliación demuestre ese deber legal

5. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

Inconforme con la decisión, COLPENSIONES interpuso recurso de apelación sustentado en que si bien los fallos de la Corte Suprema de Justicia han declarado la ineficacia del traslado también lo es que cada caso se debe estudiar de forma particular, advirtiéndose en el presente asunto que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima y se encuentra válidamente afiliada al RAIS, suscribió el formulario de afiliación a la AFP y en interrogatorio manifestó que la escogió libremente porque le ofrecieron ventajas que no estaban en el régimen de prima media, por lo que quedó acreditado el deber de información, además, que para la fecha del traslado en 1994 no se requería proyección pensional, deber de asesoría o buen consejo. Refirió que se debe tener en cuenta la prohibición del artículo 2º de la ley 792 de 2003 que garantiza el principio de sostenibilidad financiera para evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media que ocurriría si los afiliados se pudiesen trasladar cuando estuviesen próximos a cumplir los requisitos de reconocimiento pensional y, finalmente, alegó que las ineficacias del traslado no gozan de imprescriptibilidad, pues el problema jurídico es el acto jurídico de traslado que no es un aspecto consustancial a la prestación pensional.

COLFONDOS interpuso igualmente recurso de apelación, al alegar que en el proceso no se probaron los vicios del consentimiento o que operara la ineficacia del acto jurídico, pues para la existencia jurídica de un acto es requisito sine qua non que concurren los elementos esenciales establecidos en el artículo 1501 del Código Civil: capacidad, consentimiento y objeto lícito, observándose en el presente asunto que la demandante contaba con plena capacidad para saber con quién celebraba el acto jurídico y las consecuencias del mismo. En cuanto a los vicios del consentimiento señaló que si bien la demandante manifiesta que la AFP



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

la hizo incurrir en error, se trataría de un error puramente de derecho y no de hecho pues conocía sobre la naturaleza e identidad del objeto, las consecuencias y quién iba a administrar su cuenta de ahorro individual, así como tampoco se observa que hubiera fuerza o dolo. Finalmente, refirió que COLFONDOS no tenía como hacer una proyección acertada sobre una posible mesada pensional al momento del traslado toda vez que para dicha época no se encontraba establecido el deber de información en los mismos términos en que se estableció desde el año 2010 y, en ese orden, la administradora de pensiones cumplió con su deber conforme al momento histórico en que lo hizo.

Finalmente, PORVENIR interpuso el recurso de alzada bajo el argumento que la información suministrada a la demandante en 1994 fue completa clara y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, observándose que la falladora declaró la ineficacia conforme al artículo 271 de la ley 100, sin embargo, no se demostró dolo ni se argumentó tal aspecto. Refirió que no se tuvo en cuenta el saneamiento a lo largo del tiempo por lo que la demandante ratificó su afiliación, quien pudo no firmar los formularios, retractarse o comunicarse con las AFP PORVENIR o COLFONDOS. De otro lado, arguyó que el formulario no es un simple formato y, por el contrario, es la prueba de la voluntad del afiliado de conformidad con lo establecido en la Ley 100, sumado al hecho que la actora se encuentra inmersa en prohibición legal y deben tenerse en cuenta los deberes de los consumidores financieros, punto sobre el cual señala que es deber del afiliado leer el formulario de afiliación, sin que pueda decir después de 24 años que no se le brindó información. Por último, refirió que la Corte Constitucional también ha mencionado que no se considera viable acceder a todas las pretensiones de ineficacias del traslado, pues cada caso debe ser analizado en concreto y las argumentaciones referentes a que no importa si se tiene un derecho consolidado o próximo a pensionarse, pueden llegar a ser una violación al debido proceso y a la información que sí se le brindó al afiliado.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

6. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora OLGA LUCÍA CARDOZO GUTIÉRREZ y, por ende, deben trasladarse los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual en COLFONDOS al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES?

PREMISAS NORMATIVAS

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

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

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

Sentencia SL 3484 del 14 de agosto de 2019, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la señora OLGA LUCÍA CARDOZO GUTIÉRREZ se trasladó del ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 26 de agosto de 1994 con fecha de efectividad el 1º de septiembre del mismo año, y con posterioridad se trasladó a la AFP COLFONDOS el 07 de septiembre de 1999, administradora a la que se encuentra afiliada actualmente. Está igualmente demostrado que para la fecha del traslado, la señora CARDOZO GUTIÉRREZ no era beneficiaria del régimen de transición ni contaba con una expectativa de derecho pensional.



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONCLUSIÓN

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

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

Sentado lo anterior y atendiendo a lo expuesto en la sustentación del recurso de apelación por las administradoras demandadas, se debe precisar en primer lugar, que en el presente asunto no se discuten los vicios del consentimiento y, por el contrario, el estudio se aborda desde su ineficacia que es la consecuencia de la afiliación desinformada como lo ha señalado nuestro órgano de cierre, por lo



Tribuna Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación del error, fuerza o dolo cuando la jurisprudencia que se toma como premisa normativa, consagró que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada.

Se concluye entonces que PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar una información clara y completa a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en él, por lo que además incumplieron su deber de buen consejo y asesoría y vulneraron los principios mínimos de transparencia que deben gobernar la movilidad entre regímenes pensionales, obligaciones que, contrario a lo argumentado en los recursos de apelación, *es un deber exigible desde su creación tal como lo ha aclarado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, "...para la Sala la incursión en el sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS y, por tanto, de la prestación de un servicio público esencial, estuvo, desde un principio, sujeto a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba.*

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

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

En otro punto, tal como lo mencionó la juez de conocimiento, en la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante como consecuencia de la ineficacia del traslado, se deben incluir los descuentos efectuados por gastos



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

de administración y comisiones como los seguros de invalidez y sobrevivencia, conforme lo ha sostenido la jurisdicción laboral en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL 6464 – 2019 en los siguientes términos:

“ 2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia

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

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

Igualmente, en reciente sentencia SL1467-2021 se indicó que: "...en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones".

En ese orden, los descuentos de gastos de administración, así como las demás comisiones destinadas entre otras para las primas de seguros como consecuencia de la afiliación al RAIS no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de las administradoras, que deben asumir las consecuencias de tal conducta.

En consecuencia, se habrá de modificar la decisión en aras de incluir el concepto comisiones por seguros previsionales los cuales deben ser devueltos igualmente a COLPENSIONES y se adicionará la sentencia en el sentido de condenar igualmente a PORVENIR a la devolución de dichos conceptos, como quiera que la orden de primera instancia se encuentra dirigida solamente a COLFONDOS. Por otra parte, considera la Sala necesario eliminar la orden impartida a la administradora de fondos privados COLFONDOS respecto de asumir el descuento de sumas por mesadas pensionales, toda vez que no se acreditó en este caso el reconocimiento pensional por parte de la administradora de fondos privados y en ese orden resulta inconducente establecer tal determinación que además puede generar confusiones respecto de la situación pensional de la accionante.

En punto al recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, advierte la Sala que la decisión adoptada en primera instancia no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de la entidad, pues como lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019:

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



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

Quiere decir lo anterior que las AFP devolverán a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación a la AFP nunca existió, por lo que la administradora actual de la demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual correspondientes a las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, comisiones y gastos de administración con todos sus frutos e intereses y demás rubros que posea la



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

accionante hasta que se haga efectivo el mismo, en los términos indicados con anterioridad. por lo que además, se incluirán en la resolutive de la decisión las sumas que se hubieren recibido por concepto de bonos pensionales, frutos e intereses y demás rubros que no fueron tenidos en cuenta.

Finalmente, respecto de la excepción de prescripción que se declaró no probada en primera instancia, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se **MODIFICARÁ** la sentencia objeto de consulta solamente en lo señalado y **SE CONFIRMARÁ** en todo lo demás. Sin **COSTAS** en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 09 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

***SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**



Tribunal Superior de Bogotá

Sala de Decisión Transitoria Laboral

PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración comisiones y seguros previsionales"

SEGUNDO: ADICIONAR como numeral SEXTO de la sentencia de primera instancia el del siguiente tenor:

"SEXTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante mientras estuvo afiliada a dicha administradora, con cargo a sus propios recursos".

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la decisión de primera instancia, por las razones expuestas.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES

Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO

Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ordinario Laboral **1100131050 38 2019 00068 01**
Demandante: **MARÍA CRISTINA VALDERRAMA ALVARADO**
Demandado: **COLPENSIONES, OLD MUTAL Y PROTECCIÓN**

Magistrado Ponente: **EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

AUTO

Se reconoce personería para actuar en representación de COLPENSIONES a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIÉRREZ ORTÍZ identificada con C.C. No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 de conformidad con el memorial de sustitución del poder aportado mediante correo electrónico.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia profrenda por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

1. DEMANDA

La señora MARÍA CRISTINA VALDERRAMA ALVARADO formuló demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a efectos que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media realizado el 1º de febrero de 1998 y en consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A y OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales acreditados en su cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES a recibir y registrar en la base de datos la información correspondiente a los aportes entregados por las administradoras de fondos privados.

2. SUPUESTO FÁCTICO

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante adujo en síntesis que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 12 de abril de 1982 y, sin haber recibido la información ni asesoría necesarias, suscribió formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 1º de abril de 1988 y actualmente se encuentra afiliada a OLD MUTUAL, entidad ante la cual solicitó la proyección del valor de la mesada pensional que obtendría en el RAIS y en el régimen de prima media, la cual arrojó un valor de \$4'269.706 en el régimen de ahorro individual y de \$4'618.185 en el de prima media al cumplir 60 años de edad.

3. TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Una vez admitida y notificada la demanda, COLPENSIONES la contestó oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual y no probó error, fuerza o dolo en su afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.

PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones al aducir que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y espontánea solemnizándose de esa forma su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y PROTECCIÓN por virtud del cual se generan obligaciones tanto del afiliado como de la administradora, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Formuló las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones.

A su turno, OLD MUTUAL en su contestación se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra, toda vez que la demandante se trasladó en dos oportunidades de AFP, por lo que las implicaciones de trasladarse de régimen pensional no son imputables a OLD MUTUAL, en la medida que dicha afiliación no reportó cambio de régimen sino cambio de administradora en el RAIS, con la característica particular de que a la fecha en que se hizo la afiliación a OLD MUTUAL la demandante contaba con 50 años de edad, es decir, que le era plenamente aplicable la prohibición establecida en el artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993 para aquellas personas que están a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez. Formuló las excepciones denominadas: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia proferida el 07 de septiembre de 2020 absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, se relevó del estudio de las excepciones y condenó en costas a la demandante en la suma de \$500.000.

Como fundamento de la decisión asentó el a quo la pertinencia de remitirse al artículo 112 de la Ley 100 de 1993, el cual señala que las administradoras de pensiones no pueden rechazar a los potenciales afiliados en pro de la libre selección, pues aun tratándose de personas cobijadas bajo el régimen de transición pueden escoger trasladarse al RAIS sin que se pueda desincentivar o



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

rechazar la decisión y bajo ese escenario se advierte que la actora señaló en su interrogatorio que fue la empresa donde ingresaba a laborar quien le suministró un formulario de afiliación, situación que no puede ser imputable a PORVENIR, pues no hubo un acompañamiento de un promotor de la administradora de fondos privada, entidad a la que no le era dable perseguir a la afiliada para entregarle una información que ella no solicitó y que de hecho no le generaba un mayor interés en el momento histórico en que tomó la decisión, razón por la cual, no puede predicarse una conducta irregular por parte de la AFP, recalcando que la actora delegó en su empleador la afiliación a pesar que en ese momento tenía la convicción de haber cotizado 12 años al ISS. Refirió además que la demandante adujo haber escuchado rumores respecto de la situación del sistema pensional del ISS lo que la llevó también a la decisión de afiliarse al RAIS.

De otro lado, señaló que de conformidad con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 el empleador u otra persona que atente en contra de la selección de régimen será acreedor de una multa, destacándose que la afiliación quedara sin efecto y podrá hacerse nuevamente, lo que implica que esa afectación de derecho de selección implica necesariamente la acreditación en el proceso de un vicio del consentimiento y la consecuencia es que deba realizarse una nueva selección de manera libre y espontánea por parte del trabajador, por lo que no pueden desligarse del análisis los tres vicios del consentimiento el error, la fuerza y el dolo, observándose que en la demanda no se dice que la actora haya sido forzada o constreñida por alguna persona para que tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional, tampoco se demuestra el dolo pues la demandante manifestó que ni siquiera hubo una persona que la acompañara en el proceso de afiliación, no se advierten maniobras fraudulentas o tendenciosas con el ánimo de perjudicarla 25 o 30 años hacia el futuro en relación con sus expectativas pensionales y en cuanto al error como vicio del consentimiento, no se advierte que la decisión de la demandante fuese equivocada en dicho momento histórico, pues así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia señala que no se convalida la ineficacia inicial con las posteriores afiliaciones, tampoco podemos predicar que ello se agrave en el futuro y, analizada así la afiliación de la demandante en el momento histórico, precisó que el ISS sí se encontraba en



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Tránsitoria Laboral

situación de crisis administrativa y financiera lo que conllevó a liquidar esta entidad y a la necesidad de crear una nueva entidad pública que administrara el régimen de prima media y que recibió la carga administrativa del ISS, quedando incluso relevado por la Corte Constitucional de atender dentro del término legal las solicitudes de derechos pensionales y las ejercidas en el marco del derecho de petición, por lo que para el año 1997 la situación no era la mejor, no había certidumbre respecto de lo que podía acontecer, situación que hacía particularmente conveniente para dicha época que afiliarse al régimen de ahorro individual le garantizaría conservar las semanas cotizadas a la demandante.

Sumado a lo anterior refirió que al momento del traslado a la demandante le faltaban muchos años para aspirar a una pensión, por lo que desde el momento que se afilió al régimen hasta antes de los 46 años de edad, en el evento de algún acontecimiento podía ser beneficiaria a una eventual devolución de saldos que en su cuantía es mejor que la prestación del régimen de prima media e incluso si no tiene beneficiarios de pensión de sobrevivientes, los recursos entrarían a hacer parte a la masa sucesoral y beneficiarían a los hijos de la accionante en caso de no cumplir con las condiciones para la pensión de sobrevivientes.

En ese orden, señaló que el traslado de la actora fue una decisión que no puede calificarse como precedida de un error o decisión equivocada, pues la decisión equivocada es no tomar acción antes de los 46 años para establecer cuál era el régimen más conveniente y el hecho de no haberse suministrado la información no tiene la virtualidad de agravar tampoco la afiliación, de la misma manera que el suministro de información con asesoramiento no tiene la virtualidad de sanear una irregularidad en la afiliación inicial.

De otro lado, arguyó que si bien la Sala de Casación Laboral en muchos casos ha accedido a la declaratoria de ineficacia y ha fijado unos lineamientos para la prosperidad de los mismos, también es claro que ha señalado que cada caso es diferente en lo fáctico y probatorio y deben analizarse de manera particular sin que pueda aplicarse de manera genérica, irreflexiva y automática criterios jurisprudenciales que no se avienen a la realidad fáctica y probatoria de los casos



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

correspondientes, frente a lo cual precisó que en los asuntos estudiados medió un asesoramiento, hubo participación de las administradoras de los fondos privados, se trata de personas que estaban en régimen de transición, todo lo que significa que no se puedan aplicar dichos criterios de manera automática.

Ahora bien, tampoco el simple hecho de no recibir información a título de imputación objetiva necesariamente conduce a la ineficacia del traslado pues implicaría que habría que desligarla de lo que pueda resultar inconveniente o no de cara al afiliado, sumado a que se estarían avalando varias violaciones al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues el hecho del traslado solo garantiza el pago de la prestación de los afiliados en un corto plazo y de ahí en adelante la cuantiosa pensión estaría a cargo de los demás afiliados y con cargo a los recursos públicos del Estado, adicionalmente, también resultaría en una violación al principio de igualdad e inequidad en el marco del sistema, al decir que se pueden trasladar en cualquier tiempo frente a otras personas que sometidas a un doble asesoramiento deben tomar la decisión cuando les faltare más de 10 años antes del cumplimiento de la edad de pensión, mientras que las otras personas que simplemente afirmando que no recibieron asesoría, se puedan trasladar cuando tengan una historia laboral de la que les resulte más conveniente vincularse al régimen de prima media.

5. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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

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



Tribuna Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

¿Debe declararse INEFICAZ Y/O NULO el traslado del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, efectuado por la señora **MARÍA CRISTINA VALDERRAMA ALVARADO** el 1º de febrero de 1998 y ordenar el traslado de los dineros que posee en su cuenta de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES?

PREMISAS NORMATIVAS

Sentencia 31989 de la Sala de Casación Laboral de la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA** del 09 de septiembre de 2008, con ponencia del **Magistrado EDUARDO LOPEZ VILLEGAS**.

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

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

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

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

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

PREMISAS FÁCTICAS

Encontró suficiente respaldo probatorio en el trámite de primera instancia que la señora MARÍA CRISTINA VALDERRAMA ALVARADO se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 30 de diciembre de 1997 efectivo a partir del 1º de febrero de 1998, igualmente, se trasladó dentro del RAIS a la AFP PORVENIR el 26 de diciembre de 2000 y el 22 de septiembre de 2011 suscribió formulario de afiliación a SKANDIA, administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada.

CONCLUSIÓN

Teniendo en cuenta las anteriores premisas fácticas y normativas, a juicio de esta Sala los argumentos del juez de primera instancia para absolver a las demandadas de las pretensiones del libelo introductorio no encuentran fundamento jurídico y jurisprudencial suficiente, pues tal como lo ha señalado nuestro órgano de cierre en la línea jurisprudencial que se toma como premisa normativa, la ineficacia del traslado se configura ante la falta de información veraz y suficiente por parte de la administradora de pensiones, que le permita al afiliado adoptar una decisión bajo el conocimiento de los riesgos del traslado, sin que se condicione tal circunstancia a la conveniencia de la afiliación en el RAIS para dicha época y la no acreditación de vicios del consentimiento, puntos centrales sobre los cuales el juez de conocimiento fincó la decisión de negar las pretensiones de la demanda y no sobre el eje transcendental correspondiente a la falta del deber de información, supuesto



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca invirtiéndose la carga de la prueba.

En ese orden, se debe precisar en primer lugar, que en el presente asunto no se discuten los vicios del consentimiento frente al acto del traslado como lo abordó el juez de conocimiento, toda vez que el estudio no se realiza de cara a la nulidad de la afiliación y por el contrario, se aborda desde su ineficacia que es la consecuencia de la afiliación desinformada, como lo ha señalado nuestro órgano de cierre, por lo que resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación del error, fuerza o dolo, cuando la jurisprudencia que se toma como premisa, consagró que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por otra parte, contrario a lo manifestado por el a quo, precisa la Sala que no es en el afiliado en quien recae el deber de información y que quede la administradora de pensiones sustraída de su obligación de brindar una debida asesoría consistente en la explicación de las características del RAIS, las ventajas y desventajas de uno y otro régimen y, en ese orden, no se puede suponer que toda la responsabilidad estaba a cargo de la afiliada cuando se asegura que es ella quien debió tener conocimiento, indagar y buscar a la administradora privada a fin de obtener una suficiente asesoría durante los años de su afiliación, desconociendo el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que ha sido reiterado y pacífico en precisar que la carga de la prueba en esta materia recae directamente en la administradora de fondos de pensiones, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho.

En esa misma línea es dable acotar que en todos los casos la administradora de pensiones tenía la obligación de poner en conocimiento de la afiliada cuáles eran los riesgos y las implicaciones de trasladarse al RAIS y explicar cómo se calcularía la pensión en ambos regímenes, circunstancias que no se demostraron en el proceso, por el contrario, en el interrogatorio de parte la actora aseguró que no hubo acompañamiento por parte de la administradora de fondos privada sino que



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

el formulario fue entregado por el nuevo empleador, situación que lejos de despojar de responsabilidad a la AFP, demuestra que incumplió ampliamente su deber de información, toda vez que el referido formulario visible a folio 82 fue suscrito por un asesor y, en ese orden, la administradora debió asegurarse que la nueva afiliada recibiera la asesoría correspondiente máxime cuando la suscripción del asesor suponía que se le brindó la información consignada en el mencionado documento y es por ello, que tal situación vislumbra el incumplimiento del deber del buen consejo y asesoría que correspondía a la administradora sea en el momento mismo que el afiliado firmó el formulario o posteriormente, una vez tuvo noticia de la nueva afiliación.

Así las cosas, se advierte que COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada a la afiliada al momento de solicitar el traslado de régimen, carga que se insiste, correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J., pues no obra en el plenario prueba alguna que acredite que se le haya informado sobre los beneficios de trasladarse de régimen y mucho menos de sus desventajas, pues la prueba con la cual la administradora demandada pretendió demostrar la debida información otorgada a la señora MARÍA CRISTINA VALDERRAMA ALVARADO fue con la suscripción del formulario de afiliación que tiene formas previamente establecidas para todos los casos y con el que no es posible determinar que se hubiese dado una asesoría al afiliado, máxime si se tiene en cuenta que ésta no existió pero el formulario fue suscrito como si hubiese tenido lugar, por lo que, en manera alguna puede tenerse como prueba del consentimiento informado que debía manifestar la demandante al trasladarse al RAIS, como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias tomadas como premisas normativas.

Esa carga probatoria tampoco la suplió OLD MUTUAL, pues no se demuestra la debida asesoría al trasladarse a esa AFP, en la que se le explicarían las características del RAIS, las diferencias con el RPMCD ni las ventajas o desventajas de permanecer en el régimen de ahorro individual.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

Ahora, se observan igualmente dentro del plenario formatos de reasesorías suscritos por la demandante el 22 de noviembre de 2005 y el 15 de julio de 2008, observándose en la primera que la demandante escogió quedarse en PROTECCIÓN, pues la proyección en el régimen de prima media arrojó una primera mesada de \$2'428.646 a los 57 años de edad, mientras que en el RAIS arrojó un valor de \$2'507.516. Igualmente se observa en la asesoría del 15 de julio de 2008 que la demandante escogió continuar en PROTECCIÓN, documento acompañado del simulacro pensional que arrojó un valor de mesada pensional en el RAIS a la edad de 57 años de \$2'020.004 y en el régimen de prima media en la suma de \$613.066

Ahora bien, sobre el tema de la reasesoría, la CSJ en sentencia SL 1688 de 2019, en uno de sus apartes consignó: *“Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:*

(...)

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”.

De modo que, es claro para la Sala que en el presente asunto carecen de utilidad los formatos de reasesorías allegados, pues se advierte en primer lugar que en ellos se le realizaron proyecciones que arrojaron una mesada pensional superior en el RAIS frente a la mesada que recibiría en el régimen de prima media, razón por la cual la demandante decidió permanecer en PROTECCIÓN, concluyéndose entonces que las bases que tuvo en cuenta la actora para adoptar



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

la decisión de continuar en la administradora privada no se soportan en las explicaciones concernientes a los pros y contras de uno y otro régimen, las consecuencias de continuar en el RAIS o de trasladarse a COLPENSIONES, debiéndose aclarar sobre dicho aspecto, que el deber de información no radica en realizar proyecciones pensionales, pues este no es el alcance que le ha dado la jurisprudencia, toda vez que no se trata de un tema netamente monetario, por el contrario, ha sido reiterada la postura en indicar que se trata de una asesoría que debe estar precedida de una ilustración como mínimo, al trabajador afiliado, indicándole las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del traslado, resaltándose en este caso que los simples formatos aportados no cumplen con la entidad suficiente para ilustrar el cumplimiento de dicho deber a cargo de la administradora de pensiones correspondiente a una información con un máximo de utilidad relevante para adoptar la decisión de manera suficientemente informada.

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

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

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

Ahora bien, el deber de información y la carga probatoria a cargo de las administradoras, no sufre variaciones cuando se trata de afiliados que no son beneficiarios del régimen de transición o que no tuvieron una expectativa de derecho pensional cuando solicitaron el traslado o un derecho adquirido a la pensión, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con ello para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información sino que, por el contrario, la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Tampoco es diferente la conclusión a la que se arriba, pese al traslado de la demandante entre administradoras del RAIS, pues tal como lo indicó la Sala de Casación Laboral en la Sentencia proferida dentro del expediente 31989 del 09 de septiembre de 2006, *"Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen, ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales"*.

Así las cosas, al no demostrarse que se cumplió en debida forma con el deber de información para el cambio de régimen, se torna ineficaz la afiliación al RAIS, por lo que se entiende que este acto de traslado no produjo efectos y no puede



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual hay lugar a revocar la decisión de primera instancia, para en su lugar imponer el regreso automático de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES junto con la devolución de la totalidad de los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

En este punto es dable precisar que se debe incluir la devolución de los descuentos efectuados por comisiones de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia a cargo de las administradoras de fondos de pensiones privados, tal como lo aclaró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 6464 – 2018 en los siguientes términos.

** 2. Las consecuencias prácticas de la ineficacia*

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

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

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

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

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

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

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



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

prima media con prestación definida administrado por Colpensiones" (Subrayas fuera del texto).

En ese orden, los descuentos de gastos de administración, así como las demás comisiones destinadas entre otras para las primas de seguros como consecuencia de la afiliación al RAIS no pueden beneficiar a las administradoras, toda vez que, se reitera, el efecto de la ineficacia es que el acto jurídico de traslado desaparece y las cosas vuelven al estado inicial, de manera pues que no existe razón jurídica válida para que no se ordene su devolución a la verdadera administradora de pensiones a la que debió continuar afiliada la demandante de no haber sido por la omisión y el incumplimiento de las obligaciones de las administradoras privadas, que deben asumir las consecuencias de tal conducta.

Corolario de lo anterior, se precisa que la decisión adoptada no afecta el principio de la sostenibilidad financiera respecto de COLPENSIONES, como se indica en la sentencia impugnada, pues al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3464 de 2019 señaló

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

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



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

Quiere decir lo anterior que la decisión adoptada en primera instancia no vulnera el principio de sostenibilidad fiscal, pues la AFP devolverá a COLPENSIONES todos los dineros que se hayan causado con ocasión de la afiliación de la accionante, los cuales están destinados justamente a financiar su pensión, independientemente de si ha cotizado a una administradora de pensiones pública o privada, debido a que con ocasión de la declaratoria de ineficacia se entiende que la vinculación a la AFP nunca existió, por lo que la administradora actual de la demandante tiene el deber de trasladar todos los dineros que se hayan cotizado al régimen de ahorro individual hasta que se haga efectivo el mismo, en los términos indicados con anterioridad.

Excepciones

Respecto de la excepción de prescripción, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias SL 1421- 2019 y la SL 1688 – 2019 relacionadas en las premisas normativas, señaló la inoperancia de la prescripción cuando se trata de ineficacia del traslado de régimen pensional no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible como el



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

de la seguridad social, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.

Por las resultas del proceso, se declaran no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas formuladas por COLPENSIONES, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones formuladas por PROTECCIÓN y las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe propuesta por OLD MUTUAL.

En atención a todo lo expuesto se REVOCARÁ la sentencia de primera instancia en los términos indicados. NO SE CONDENA EN COSTAS en esta instancia por no haberse causado. Las de primera instancia quedarán a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A. por haber sido la que incumplió sus deberes como administradora de pensiones.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 07 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado de la señora **MARÍA CRISTINA VALDERRAMA ALVARADO** 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 **AFP COLMENA**, hoy



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. así como el efectuado posteriormente a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA CRISTINA VALDERRAMA ALVARADO que incluyan cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración comisiones y seguros previsionales”

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales con cargo sus propios recursos y lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES afiliarse nuevamente a la señora MARÍA CRISTINA VALDERRAMA ALVARADO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PRÓBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas formuladas por COLPENSIONES, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones formuladas por PROTECCIÓN y las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe propuesta por SKANDIA.



Tribunal Superior de Bogotá
Sala de Decisión Transitoria Laboral

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia por no haberse causado. Las de primera instancia se revocan y quedan a cargo de PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDNA CONSTANZA LIZARAZO CHAVES
Magistrada

MARTHA INES RUIZ GIRALDO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

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