

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARIO ALBERTO FRANCO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., Veintinueve (29) días de enero de dos mil veintiuno (2021).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia dictada el 13 de noviembre de 2020 por el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá.

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

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARIO ALBERTO FRANCO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor incremento pensional del 14% por compañera permanente a cargo sobre la pensión de vejez que reconoció a su favor COLPENSIONES, con fundamento en el régimen pensional establecido en el Acuerdo 049 de 1990. Lo anterior, teniendo en cuenta que convive bajo el

mismo techo con CANDELARIA ROA ROA desde el 24 de diciembre de 1.981, y cumple los requisitos de convivencia y dependencia económica establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990. Pide que se ordene el pago del incremento pensional a partir del 1º de marzo de 2016, junto con el retroactivo y costas del proceso (ver demanda en folios 3 a 7 y subsanación 29 a 37 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones incoadas con fundamento en que los incrementos pensionales establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 desaparecieron de la vida jurídica con la vigencia de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones: inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, pago y la innominada o genérica (ver contestación en folios 45 a 50 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de noviembre de 2020, a través de la cual el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar el incremento del 14% del SMLMV en la pensión del actor por compañera permanente a cargo. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por él aquí demandante por lo expuesto. SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. TERCERO: Por ser totalmente adversa a las pretensiones del demandante, en caso de no ser apelada, envíese a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”* (Expediente digital Minuto 28:23)

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de unificación que dictó la Corte Constitucional (SU-140 de 2019), en la cual se concluye que los incrementos pensionales establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 fueron derogados con la vigencia de la Ley 100 de 1993, y tuvo en cuenta que la pensión del demandante fue reconocida el 1º de marzo de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante, inconforme con la decisión, pide que se revoque el fallo de primera instancia y se concedan los incrementos pensionales. Considera que hay jurisprudencia anterior a la que cita la sentencia de primera instancia en la que se reconocen los incrementos del 14%, y ella se deben aplicar por el principio de igualdad (CD 4 Minuto 29:09)¹

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la calidad de pensionado del demandante, hecho que se acredita, además- con la copia de la resolución GNR 50831 del 17 de febrero de 2012, mediante la cual COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de marzo de 2016, en la suma de \$689.455 mensuales, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 (ver folios 9 a 12 del plenario y CD 3- Expediente administrativo). Tampoco fue objeto de controversia en la alzada que el demandante convivía con CANDELARIA ROA ROA desde el 24 de diciembre de 1981.

Para resolver lo pertinente el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 ordenó que las pensiones de invalidez por riesgo común y de vejez se incrementen un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que

¹ “Gracias señor Juez, interpongo el recurso de apelación. Solicito a los magistrados del Tribunal por favor reciba el recurso de apelación en las siguientes razones: Primero con la misión de la sentencia SU 140 de 2019 fijan el criterio temporal de las pensiones que estén bajo el régimen de transición reconocidas posterior a la ley 100 del 93 y que soliciten casos similares al incremento del 14% por cónyuge a cargo, niegan ese derecho con base en este criterio, sentencia que salió el año pasado, reiteró, en el 2019. La solicitud va encaminada a que los señores magistrados in apliquen esta sentencia, en el sentido de que en primera medida él resuelve, se orienta a tener efectos interpartes puesto que de los varios procesos que ellos acumularon solamente tuvo efectos para ellos. En ninguna parte del resuelve oriental o coaccionan a Colpensiones a que si tienen casos similares o parecidos, frente a este tema normativo, apliquen esta sentencia directamente. También la segunda razón es que hubieron muchas sentencias anteriores al 2019, de sala laboral, donde sí se reconoce este incremento del 14%, ya sea por sala del Tribunal o en primera instancia, incluso a Corte Suprema de Justicia Sala Laboral de Casación, en el sentido de que se tiene que aplicar el principio 1) de igualdad y 2) el principio garantista constitucional que se aplica en nuestro estado social de derecho. Muchas gracias.”

dependan económicamente del beneficiario; a su vez la misma norma ordenó que las pensiones de invalidez por riesgo común y de vejez se incrementen *“un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión²”*.

Si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entendía la vigencia de dicha norma (sentencias de 27 de julio de 2005, Rad. 21517 MP Isaura Vargas Díaz y Jaime Moreno García, y 5 de diciembre de 2007, Rad 29751. MP Luis Javier Osorio López), LO CIERTO es que reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia SU-140 de 2019), órgano competente para decidir sobre vigencia y exequibilidad de las normas legales, dispuso que los incrementos previstos en el decreto 758 de 1990 sí fueron derogados por la Ley 100 de 1993. Sobre la materia esa Corporación concluyó en la sentencia SU-140 de 2019, con ponencia de la Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER, lo siguiente: *“los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993”* por ello, *“salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005”*.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no podía causarse por falta de supuesto normativo, pues las normas que lo reconocían fueron derogadas según reciente criterio de la Corte Constitucional, y por ello solo

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

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

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

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

procederían su pago para pensiones causadas antes del 1° de abril de 1994 al amparo del Acuerdo 049 de 1990.

Por ello se confirmará la sentencia de primera instancia que absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MADELAINE ARZUZA OTALORA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 21 de octubre de 2020 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase al doctor John Jairo Rodríguez Bernal, identificado con T.P. 325.589, para actuar como apoderado judicial de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido conforme la escritura pública No. 0885 del 28 de agosto de 2020.

Téngase a la doctora Johanna Andrea Sandoval, identificada con T.P. 158.999 para actuar como apoderada judicial de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido conforme la escritura pública 3390 del 4 de septiembre de 2019, y

téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme la escritura pública 3390 del 4 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MADELAINE ARZUZA OTALORA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 28 de julio de 1994, con fundamento en que el fondo privado no le proporcionó ilustración suficiente sobre el traslado de régimen pensional, pues no se le informó sobre el monto y la forma en que se liquida la pensión. Advierte que el 22 de enero de 2018 y el 21 de enero de 2019 solicitó el traslado a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A. respectivamente. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS, se ordene a COLPENSIONES realizar las gestiones encaminadas a anular el traslado así como recibir a la actora sin solución de continuidad, y se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorros individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales (ver demanda en las páginas 3 a 10 del archivo No. 1 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación al RAIS fue legal y válida pues no se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento, y advirtió que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición de traslado entre regímenes pues le faltan menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional, y no es beneficiaria del régimen de transición ni por edad ni por tiempos de servicios. Propuso como excepciones:

prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe, petición anticipada y la declaratoria de otras excepciones (ver contestación en las páginas 68 a 73 del archivo No. 1 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación fue válida pues la demandante gozaba de capacidad para adquirir obligaciones, el fondo privado le suministró información acorde con lo dispuesto en las normas legales vigentes en la época y con los lineamientos establecidos por la Superintendencia Financiera en la materia y, en todo caso, la actora no hizo uso del derecho de retracto. Advierte que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales pues se encuentra a menos de diez años para llegar a la edad para acceder a la pensión de vejez. Propuso como excepciones: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y la de *buena fe* (ver contestación en las páginas 109 a 124 del archivo No. 1 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de octubre de 2020, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la demandante MADELAINE ARZUZA al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1994 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a*

EXP. 26 2019 00212 01
Madelaine Arzuza Otalora Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES
y otra

descontar suma alguna por concepto de administración conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a la parte demandada PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de seiscientos mil pesos” (audiencia virtual, archivo No. 4 del expediente digital, minuto 50:16).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que no se acreditó que el consentimiento vertido en el formulario de afiliación hubiese sido informado, advirtió que la carga de la prueba le corresponde al fondo en el cual se realizó la afiliación, y que no se esta ordenando buen consejo o de asesoría, al contrario, lo que se le exigía era un deber de información.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación la apoderada de PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia y de forma subsidiaria se revoque la condena impuesta a devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. Afirma que la afiliación fue libre y voluntaria y el fondo cumplió con el deber de información de acuerdo a los parámetros establecidos en las normas vigentes para la época, además, indica que las sumas por concepto de gastos de administración y seguros previsionales no se encuentran en cabeza de la AFP pues dichos descuentos autorizados por mandato legal ya cumplieron con su

destinación (audiencia virtual, archivo No. 4 del expediente digital, minuto 51:59)¹

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

¹ *“Muchísimas gracias su señoría, en la oportunidad procesal pertinente me permito presentar el recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primer grado en razón de las siguientes consideraciones. En primer lugar, cabe resaltar que tal y como se mencionó en los alegatos de conclusión la demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación con mi representada, razón por la cual ésta actuó de buena fe y no podía negarle dicha afiliación a la demandada toda vez que cumplía con los requisitos mínimos para recibirla dentro de este régimen, igualmente no es cierto que al momento del traslado de la demandante era necesaria una comparación entre regímenes y mucho menos brindar las características acerca del régimen de prima media toda vez que únicamente el derecho de información se regía por el Decreto 663 de 1993, de ahí que para la fecha que se materializó el traslado de la aquí demandante pues la AFP demandada cumplió con los parámetros establecidos en las normas vigentes que en ese momento pues debe aclararse pues no se requería dicha información. Por otra parte, pues cabe resaltar que la demandante gozaba de plena capacidad para realizar este acto jurídico según el artículo 1503 del Código Civil, razón por la cual no existe algún tipo de razón fáctica o jurídica que realmente conduzca a la ineficacia o la nulidad del acto jurídico por el cual la demandante se trasladó a PORVENIR. Igualmente, cabe resaltar que el acto de afiliación realizado por la actora es unilateral y tiene como único fin la protección de las posibles contingencias que presenta el afiliado, razón por la cual no debe limitarse la nulidad o la ineficacia al posible monto o perjuicio que aquí se causa en la medida en que pues la única motivación que tiene aquí la actora es el monto pensional que recibiría en el RAIS, y por último, cabe resaltar que dicho monto pues no era posible proporcionárselo a la demandante en el momento en que suscribió el formulario en la medida que corresponde a una serie de factores variables que únicamente se pueden llegar a consolidar al momento de solicitar la pensión aquí deprecada. Por todo lo anterior, es claro que no debe declararse la nulidad o la ineficacia del traslado, sin embargo, si el Tribunal decide confirmar la presente sentencia únicamente le solicito que absuelva a mi representada en cuanto al pago de gastos de administración y descuento por seguros previsionales, en la medida en que los gastos de administración tienen una destinación específica por mandato legal la cual ya fue efectivamente cumplida por mi representada, y la cual se ve expresada en los rendimientos que ya le condenaron a mi representada a devolver, es decir, que tendría una pues sería retrotraer en el tiempo unos pagos que efectivamente permitieron a la demandante conseguir una serie de rendimientos que no tendría sentido en este momento solicitar a mi representada, porque pues se están solicitando dos sumas que simplemente ya no se encuentran en cabeza de mi representada y en este momento no sería posible solicitarlas, pues la misma suerte corren los descuentos para pagos de seguros previsionales en la medida en que pretenden una cobertura para la demandante y la cual ya se hizo efectiva mediante la consignación para una compañía de seguros, es decir, que a mi representada le resulta materialmente imposible devolver esas sumas en la medida en que ya no se encuentran en cabeza de la misma, pues en este sentido únicamente solicito que si en el caso en el que se llegase a confirmar la presente sentencia se absuelva a mi representada en cuanto al pago de gastos de administración y descuentos por seguros previsionales, muchísimas gracias”.*

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 29 años de edad y había cotizado 152,71 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 2 años, 10 meses y 20 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 52 años de edad – ver página 12 y 42 del archivo No. 1 del expediente digital).

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

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

² Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en las páginas 13 a 16, del archivo No. 1 del expediente digital.

³ *Ibidem*.

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

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

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de*

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera informado lo pertinente, en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que no hubo presencia de un asesor comercial del fondo privado sino de la secretaria de recursos humanos, que ésta le dijo que el ISS se estaba acabando y la empresa había decidido pasar a todos los empleados a PORVENIR S.A. (audiencia virtual, archivo No. 4 del expediente digital, minuto 8:59).

Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada

afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

RESUELVE

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

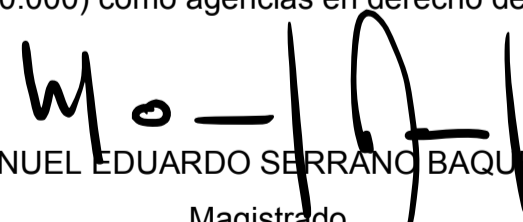
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SETECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$700.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MATILDE SILVA RIVERA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2020 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en los términos y para los fines del poder conferido conforme la Escritura pública No. 3390 del 4 de septiembre de 2019.

Téngase a la doctora Daniela Palacio Varona identificada con L.T. 24.981, para actuar como apoderada sustituta de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en los

términos y para los fines del poder conferido conforme la Escritura pública No. 00885 del 28 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MATILDE SILVA RIVERA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 5 de marzo de 1999, con fundamento en que el fondo privado no le proporcionó una asesoría personalizada de acuerdo a su situación pensional pues no le informaron que perdería el régimen de transición, al contrario, le comunicaron que el ISS se iba a acabar, que la mesada obtenida en el RAIS podía ser igual o mejor pero nunca inferior a la del RPM y que podía pensionarse anticipadamente sin explicársele que ello podría desmejorar el valor de la mesada. Advierte que el 20 de abril de 2012 solicitó al ISS su vinculación al RPM. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad de la afiliación, se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del ahorro efectuado, y a COLPENSIONES a aceptar el traslado, efectuar la afiliación al RPM y recibir de PORVENIR S.A. el ahorro efectuado con todos sus rendimientos (ver demanda en folios 2 a 13 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación es válida y legal pues no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento, advirtió que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales pues le faltan menos de diez años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional, y no es beneficiaria del régimen de transición pues no contaba con el requisito de tiempo de servicios. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido,*

inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones (ver contestación en folios 76 a 81 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de la demandante al RAIS lo hizo de manera consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, además, contaba con plena capacidad legal para decidir, previo a habersele brindado información acorde con lo dispuesto en las normas legales vigentes en la época. Propuso como excepciones: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la de buena fe (ver contestación en folios 114 a 137 del expediente).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de septiembre de 2020, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante MATILDE SILVA RIVERA al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1999 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a que transfiera los aportes realizados por la demandante a COLPENSIONES incluyendo los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dicho traslado y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a la demandada PORVENIR”* (CD 4, folio 192, audiencia virtual, minuto 45:17). Y adicionó la setencia *“El*

despacho aclara en el sentido que las agencias en derecho equivalen a la suma de seiscientos mil pesos a cargo de PORVENIR” (CD 4, folio 192, audiencia virtual, minuto 55:51).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que el fondo privado no acreditó haberle informado a la demandante sobre las características propias del régimen de ahorro individual, ni le indagó sobre el régimen de transición o le informó que al trasladarse perdería dichos beneficios, y señaló que la suscripción del formulario de afiliación no configura que el consentimiento de la demandante hubiese sido informado.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación la apoderada de PORVENIR S.A. - Pide que se revoque la sentencia, y de forma subsidiaria, se revoque la condena impuesta a devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración. Afirma que la AFP cumplió con el deber de información para la época del traslado, y la afiliación se hizo de manera consciente, espontánea y sin presiones o apremios, lo cual se manifestó con la suscripción del formulario de afiliación. Además, señala que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración se destinaron a generar los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, por lo que su devolución podría configurar un enriquecimiento sin justa causa. (CD 4, folio 192, audiencia virtual, minuto 46:24)¹

¹ *“Señora Juez muchísimas gracias, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida, por lo cual le solicito al Tribunal revocar la sentencia en la medida en que no existen razones para decretar la ineficacia de la afiliación de la demandante pues PORVENIR S.A. cumplió con el deber de asesoría e información que le correspondía para el año 1999 cuando se realizó el traslado de régimen de la demandante, si bien el deber de información ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial y normativo, mi representada para aquella época no estaba obligada a realizar ningún tipo por ejemplo de proyección pensional, de desincentivar la afiliación de la demandante, de dar un buen consejo como fue después desarrollado sin que signifique que se le haya dado un mal consejo sino me refiero en la concepción del deber del buen consejo que se desarrollo a partir del año 2008, por lo que deberá decirse que la afiliación de la demandante fue completamente consciente, espontánea y sin presiones o apremios, fue una decisión que se ratificó al momento de diligenciar el formulario de afiliación que es un requisito legal ad substantiam actus para que*

hubiese nacido a la vida jurídica la afiliación de la demandante, en el momento en el que la demandante realizó la afiliación se le proporcionó una asesoría verbal como se manifestó anteriormente, en la que se le explicaron las características del sistema pensional y el régimen de ahorro individual con solidaridad, deberá decirse que de acuerdo con los lineamientos de nuestra compañía esa fue la información que le fue proporcionada a la demandante y que como se puede corroborar por ejemplo con el interrogatorio de parte la demandante tenía claro que se trataba de un sistema de ahorro y también tenía claro que podía llegar a pensionarse de forma anticipada, ella misma manifestó que la decisión de trasladarse fue voluntaria, que no existió ningún tipo de coacción y que ella no contempló la posibilidad de regresar al régimen de prima media pues consideraba que estaba bien en PORVENIR S.A. por lo que deberá decirse frente a este aspecto que si bien mi representada tenía un deber de información de carácter profesional como una administradora de fondo de pensiones y cesantías y que debía proporcionarle a la demandante una información clara, completa, suficiente y veraz a juicio de mi representada esta obligación se cumplió cuando se le proporcionó a la demandante la asesoría verbal, pero también debe decirse y le solicito a la Sala que lo tenga en cuenta que en el momento en que, que el deber de información no es unilateral, que el deber de información es bilateral y la demandante también tenía la obligación de informarse sobre la decisión que estaba tomando, tenía la obligación de ser completamente diligente a la hora de elegir uno de los dos regímenes pensionales que tenía, se puede observar inclusive del interrogatorio de parte que la demandante manifiesta que no leyó la letra o los acápites pequeños que estaban dentro del formulario de afiliación, también debe decirse entonces que en nuestro mismo ordenamiento jurídico con posterioridad expidió una normatividad, un decreto con el fin de reglamentar cuáles eran esos deberes y obligaciones de los consumidores financieros pero que a pesar de que esta reglamentación haya surgido con posterioridad a la afiliación de la demandante eso no significa que no ella hubiese tenido la obligación de actuar con suma diligencia al momento de elegir un régimen y esto no significa que mi representada no cumpliera con sus obligaciones sino que la demandante también tenía el deber de indagar más allá de la obligación proporcionada con PORVENIR, máxime si se tiene en cuenta que es una decisión que tiene amplios o importantes alcances sobre la vida futura o la vejez de la demandante, debe decirse también que la ineficacia de la afiliación no tiene ningún sustento normativo en la medida en que nuestro ordenamiento jurídico no tiene ninguna norma que contemple la ineficacia de la afiliación por una supuesta ausencia de la información al momento de realizarse la afiliación de la demandante. Si se observa de la lectura del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 272 o el artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 53 de la Constitución Política, se puede observar que no existe o que de la lectura de estos artículos no se puede deprecar la ineficacia de una afiliación por una supuesta ausencia de la información, particularmente el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 es un artículo eminentemente sancionatorio frente a quien atente contra la afiliación de una persona al sistema de salud o al sistema de pensiones, pero nada dice en primer lugar en relación con la información que debe o no proporcionar las administradoras de pensiones y tampoco indica que por una ausencia de esta información se esté impidiendo o atentando contra esta afiliación y que como consecuencia se deba deprecar una ineficacia, se trata de una hermenéutica equivocada del tenor literal de estos artículos se puede observar que no se desprende esa consecuencia jurídica por lo que entonces estaríamos en una ausencia de fundamento legal para que se hubiese deprecado algún tipo de ineficacia por parte de la demandante. También quisiera resaltar que de acuerdo con la sentencia que está siendo apelada mi representada se está viendo obligada a devolver los rendimientos, los aportes de la demandante incluyendo los gastos de administración y frente a este aspecto es muy importante resaltar que los gastos de administración dentro del régimen de ahorro individual en un sentido global comprenden no solamente el dinero que se utiliza para generar los rendimientos que ya se están solicitando sean trasladados hacia COLPENSIONES sino que también una parte de este dinero se utiliza para pagar las primas de los seguros de invalidez y muerte de los afiliados quienes en este caso la señora MATILDE SILVA RIVERA desde el año 99 hasta la fecha ha estado protegida de estas contingencias porque mi representada ha trasladado estos dineros a unas aseguradoras que lo han cubierto y por lo que en este momento ella no cuenta con estos dineros y se trata de riesgos que ya fueron amparados y que no pueden ser amparados posteriormente cuando se traslade todo este dinero hacia COLPENSIONES por lo que también se podría configurar la figura de enriquecimiento sin justa

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10

causa por parte de esta administradora en la medida en que ellos no tendrían por qué amparar estos riesgos ya que sería material y jurídicamente imposible y se estaría en este caso pues generando este enriquecimiento, no obstante, también se deberá decir que si lo que se está decretando es la ineficacia de la afiliación, esto en términos prácticos significa que la demandante nunca estuvo afiliada al régimen de prima media, perdón, al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que sus aportes nunca fueron a una cuenta individual y esa cuenta individual PORVENIR nunca la manejó, nunca le generó ningún tipo de rendimiento por lo que si ella siempre hubiese permanecido en el régimen de prima media el único dinero que tendría en este fondo público sería lo que va en la cuenta grupal que tienen todos equivalente al 16% de su IBC pero nada más, nunca habría tenido estos rendimientos y teniendo en cuenta que la sentencia ya está obligando a PORVENIR a trasladar estos rendimientos, no se entiende por qué también mi representada se tiene que ver obligada a trasladar los gastos de administración que fueron dineros que precisamente se utilizaron para generar esos rendimientos que no se hubieran causado nunca en el régimen de prima media con prestación definida o por lo menos no en los valores en los que se causa en el régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que le solicitaría a la Sala tener en cuenta esta situación al momento de evaluar el presente proceso. La demandante en este caso tiene garantizado un derecho pensional por lo que no está en juego si la demandante tiene la posibilidad de pensionarse o no porque en el régimen de prima media, perdón, en el régimen de ahorro individual con solidaridad puede llegar a adquirir una mesada pensional si continúa cotizando por un tiempo más, también deberá decirse que la demandante tenía toda la capacidad para tomar la decisión que tomó en el año 1999 en los términos del artículo 1502 y 1503 del código civil que dentro de este proceso no se ha demostrado que ella sufriera algún tipo de incapacidad para tomar este tipo de decisión, por lo que le solicito entonces tenga en cuenta que el formulario de afiliación fue un documento donde ella ratificó su voluntad de permanencia y que tiene un valor probatorio importante sobre todo que la conveniencia de pertenecer al régimen de prima media o al régimen de ahorro individual con solidaridad también varía y que la demandante tuvo posibilidades para trasladarse, en el año 2003 unos cuantos años después de que la demandante hubiese estado afiliada inicialmente con mi representada, se comunicó a través de periódicos de alta circulación nacional la posibilidad que tenían los afiliados de trasladarse hacia el régimen de prima media si así era su deseo, sin embargo, vemos que la demandante no ejerció ese derecho que tenía por lo que mi representada no puede inferir otra cosa y es que esta tenía la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en este caso por PORVENIR S.A. Por los argumentos anteriormente expuestos entonces le solicito a la Sala que declare probadas las excepciones de mérito propuestas por PORVENIR S.A. en la contestación de la demanda y revoque la sentencia que fue proferida el día de hoy por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en estos términos dejo por sustentado mis alegatos, muchísimas gracias señora Juez.

años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 45

años de edad y había cotizado 667,14 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 6 meses y 20 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 65 años de edad – ver folio 14 y 66 del expediente).

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

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

² Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folios 15 a 18 del expediente).

³ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que solo le dijeron que el Instituto de Seguros Sociales se acababa y podía PORVENIR S.A. administrar las cesantías y pensiones de los trabajadores, además de que el fondo estaría pendiente de su pensión y allí podía pensionarse lo antes posible (CD 4, folio 192, audiencia virtual, minuto 6:19). Para esa Corporación los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Así las cosas, no se puede entender que hubo el *“consentimiento informado”* que exige la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo que resulta particularmente claro si se tiene en cuenta que había una consecuencia

claramente negativa para el traslado pues implicaba la pérdida del régimen de transición del que era beneficiaria por contar con 40 años de edad para el 1º de abril de 1994.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

RESUELVE

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

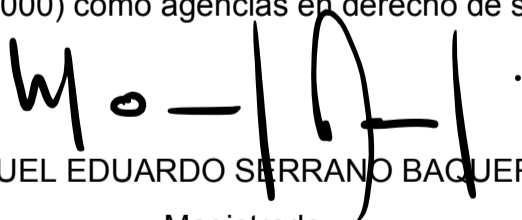
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SETECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$700.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MIGUEL ANTONIO CRUZ BONILLA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2020 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en los términos y para los fines del poder conferido conforme la Escritura Pública No. 3390 del 4 de septiembre de 2019.

ANTECEDENTES

EXP. 26 2019 00451 01
Miguel Antonio Cruz Bonilla Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

Por medio de apoderada, MIGUEL ANTONIO CRUZ BONILLA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el primero de julio de 1996, con fundamento en que el fondo privado no le suministró información suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa sobre el traslado de régimen pensional, no se le hicieron proyecciones pensionales, no le informaron sobre los requisitos para pensionarse, ni sobre las modalidades de pensión o las desventajas del RAIS; al contrario, solo le informaron sobre las ventajas, entre ellas, la posibilidad de pensionarse a la edad que deseara y en una cuantía superior. Como consecuencia de lo anterior, pide que (i) se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS con fundamento en la falta del deber de información y de forma subsidiaria con fundamento en los vicios del consentimiento, (ii) que siempre permaneció en el RPM y se encuentra afiliado sin solución de continuidad a COLPENSIONES y en consecuencia se condene a esta última a activar la afiliación, a recibir y registrar la información correspondiente a los aportes y la obtenida de las planillas de autoliquidación, y a anular el registro de traslado, (iii) se declare que PORVENIR S.A. comparecerá para efectuar los traslados de capital a la cuenta pensional del demandante, y en consecuencia se le ordene a dicha entidad a trasladar a COLPENSIONES los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, los rendimientos de la cuenta de ahorros individual, la información de la historia laboral, y se condene a devolver las sumas percibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexadas (ver demanda en folios 3 a 14 del expediente)

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación es válida y legal pues no se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento, advirtió que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado entre

regímenes pensionales, pues le faltan menos de diez años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional y no es beneficiario del régimen de transición por edad ni tiempos de servicios. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 36 a 40 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación se realizó de manera libre, voluntaria e informada, la cual se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación y fue ratificada mediante el pago de los aportes mensuales durante más de 25 años. Propuso como excepciones: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la excepción genérica* (ver contestación en folios 67 a 96 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de septiembre de 2020, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante MIGUEL ANTONIO CRUZ BONILLA al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1996 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante conforme a lo expuesto*

en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR fijándose como agencias en derecho la suma de seiscientos mil pesos” (CD 1, folio 104, audiencia virtual, hora 1 minuto 5:32).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que el fondo privado no acreditó haberle brindado al demandante una información clara, oportuna y eficaz respecto de las características propias del RAIS, pues del interrogatorio de parte se pudo evidenciar que el actor sólo tenía un conocimiento vago sobre las mismas. Advirtió que PORVENIR S.A. no aportó el formulario de afiliación a un fondo voluntario, con el fin de establecer si dicha afiliación se realizó en la misma data del traslado de régimen pensional o si ocurrió con posterioridad.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentó recurso de apelación la apoderada de PORVENIR S.A. Pide que se revoque la sentencia, se le absuelva de todas las pretensiones y se valide lo atinente a los gastos de administración, en cuanto se dispuso el traslado de la totalidad de los aportes sin la posibilidad de efectuar descuentos por dicho concepto. Afirma que el demandante recibió una información completa, clara y comprensible para tomar su decisión del traslado, que al conocer algunas de las características del régimen de ahorro individual no le resulta dable alegar la nulidad pues su única inconformidad es respecto a la mesada pensional, y advierte que se encuentra inmerso en la prohibición legal establecida en la Ley 797 de 2003. Además, indica que los gastos de administración son descuentos autorizados por mandato legal y que estos al no ser parte integral de la pensión de vejez se encuentran prescritos (CD 1, folio 104, audiencia virtual, hora 1 minuto 6:32)¹

¹ “Gracias su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia acabada de proferir por el despacho por los

siguientes motivos. En primer lugar, debo manifestar y reiterar que la información que se le brindó al demandante fue una información completa, clara y comprensible a la luz de la Ley 100 de 1993 y decretos reglamentarios, recordando que la asesoría que se brindó en ese momento era de forma verbal y por tanto no existe un documento adicional al formulario de afiliación que acredite tal información indicada en el año 1996, sin embargo, se declara una ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que supone un dolo que como lo manifesté dentro de mis alegatos no fue probado ni alegado dentro del proceso. Además de ello, se manifiesta que dentro del expediente pues no existe una prueba de la información que se indicó y es que ese formulario de afiliación no se puede ver como un simple formato, por el contrario, es el cumplimiento de la ley, recordemos que la Ley 100 de 1993 en su artículo 14 manifiesta que los cambios de regímenes se deben realizar por escrito y se debe constar que se realiza de forma libre y voluntaria, por tanto, así mismo lo hizo mi representada que no puede ser condenada por el cumplimiento de la ley. El artículo 1742 y 1743 del Código Civil prevén el saneamiento por ratificación o por el paso del tiempo, recordemos que el demandante estuvo afiliado con mi representada más de veinte años sin que hasta la fecha se conociera ningún tipo de inconformidad por este, él manifiesta que su única inconformidad es respecto a su mesada pensional y no es dable indicar o declarar una ineficacia simplemente porque el plan de pensión del demandante no resultó acorde a sus aspiraciones. De otra parte, el demandante está inmerso en una prohibición legal que establece la Ley 797 del 2003, esta norma fue sometida al control previo constitucional y conforme a la sentencia C 1024 del 2004 fue declarada exequible reuniendo aspectos de interés general por encima del particular ante la protección del sistema general de pensiones por un lado, y en cuanto a la no descapitalización del régimen de prima media, recordemos también que es importante recalcar que el artículo 167 del Código General del Proceso indica que incumbe a las partes probar el supuesto de hechos que alega, si validamos en este caso lo único que existe por la parte demandante es una información o una argumentación que no se le brindó una información completa, pero en su interrogatorio de parte siempre manifiesta que no recuerda, que no recuerda información y eso no significa que no se le haya brindado, efectivamente como lo manifiesta la falladora de primera instancia, él conoce alguna de las características del régimen de ahorro individual y las otras características se encuentran establecidas en la ley en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993 se manifiesta cuáles son las características de los regímenes y es una ley pública que puede conocer él y todos los ciudadanos, manifestar una ineficacia porque no conoce todas las características es como negar el principio en derecho que manifiesta que se debe conocer la ley y que el desconocimiento de ella no lo exime de las condiciones que pueda tener. También manifiesta la falladora de primera instancia que no se cumplió con los deberes PORVENIR al momento de la afiliación y tal afirmación no se ajusta a la realidad procesal esta conclusión, por cuanto mi representada cumplió con la carga procesal impuesta y aportó todos los documentos que tenía en su poder para demostrar que el demandante ha estado vinculado a mi representada desde 1996, producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación sino con la conducta del demandante al permitir por un espacio de 24 años el descuento con destino al fondo privado, y esas pruebas si son analizadas en conjunto conducen con certeza a concluir que la intención del demandante siempre fue pertenecer al régimen de ahorro individual, efectivamente él manifestó vagamente acerca de beneficiarios y aportes voluntarios, de rendimientos pero todas son características y pruebas que si se analizan en conjunto se puede denotar que efectivamente el demandante siempre supo a qué régimen pertenecía y tenía claridad acerca de ello. Además, debió informarse adecuadamente sobre el sistema general de pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación, información y capacitación, emplear una adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones y leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación según el Decreto 2555 del 2010 y recordemos que en el interrogatorio de parte él siempre manifestó que no leyó el formulario de afiliación, que no leyó la letra menuda, el formulario de aportes voluntarios también manifestó que no lo leyó, entonces es él el que no está cumpliendo con su carga, es él el que no está cumpliendo con sus deberes como consumidor financiero y se acredita una ineficacia porque no existe una prueba de esa información y es que no se pueden pedir documentos adicionales a la época, puesto que sería una carga imposible para mi representada fabricar o crear su propia prueba como lo hace el demandante que con dicho contradictorio dentro de su demanda y dentro de su interrogatorio es mayor o se le da más valor al formulario que firmó

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con*

que es un documento público que se presume auténtico y que no fue tachado de falso. En cuanto a las condenas por gastos de administración la falladora de primera instancia desconoce que de conformidad con lo dispuesto el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también en el régimen de prima media se destina un 3% de cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobreviviente, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión vejez por eso están sujetos a la prescripción, solicito respetuosamente al Tribunal validar este tema de los gastos de administración por cuanto se retrotrae todo el negocio que se generó en el año 1996 como dando todo o volviendo todo a su lugar, pero se debe generar una devolución de gastos de administración cuando no forman parte integral de la pensión, y aunque se declara esta excepción de prescripción como no probada se debe validar que los gastos de administración al no generar parte integral de la pensión si son unos dineros que se encuentran prescritos y están en el término trienal, adicional a ello manifiesto que la Superintendencia en concepto del 17 de enero del 2000 indicó de forma expresa cuáles eran los dineros que se debían retornar cuando hay una nulidad o una ineficacia y no habla de gastos de administración, incluso la Ley 100 de 1993 también nos indica cuáles son los dineros que se deben retornar, por estas razones solicito respetuosamente al Tribunal revocar la sentencia aquí impartida y absolver a mi representada, muchas gracias su señoría”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 116,14 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 27 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 59 años de edad – ver folio 16 y 26 del expediente).

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

² Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en folios 44 a 47 del expediente).

³ *Ibidem*.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) debe ser de tal diligencia,

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la

sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que el demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que el fondo privado le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a quebrar, que todos se iban a pasar a los fondos privados y ese era el futuro de todos los pensionados (CD 1, folio 104 del expediente, minuto 8:59).

Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a

EXP. 26 2019 00451 01
Miguel Antonio Cruz Bonilla Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 26 2019 00451 01
Miguel Antonio Cruz Bonilla Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SETECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$700.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA MAGDALENA OSPINA GIRALDO
CONTRA EDUARDO PERDOMO CASTILLO.**

Bogotá D. C., Veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021).

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada, contra la sentencia dictada por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de noviembre de 2020.

El Tribunal conforme lo acordado en Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente SENTENCIA.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA MAGDALENA OSPINA GIRALDO presentó demanda contra EDUARDO PERDOMO CASTILLO, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare ineficaz la terminación del contrato de trabajo y se ordene el reintegro al cargo que ocupaba o uno equivalente en la planta de empleos del demandado. Como consecuencia de ello, pide que se condene a pagar los salarios, primas de servicio y vacaciones dejados de percibir desde la terminación del vínculo, consignación de cesantías, intereses a las cesantías causadas desde el 3 de agosto de 1998. También solicita el pago de aportes obligatorios a la seguridad social en pensiones desde el 3 de agosto de 1998 a octubre de 2007, desde el 7 de

septiembre de 2011 al 7 de noviembre de 2014, y los causados desde el 26 de diciembre de 2018 hasta la fecha en que sea reintegrada, la indemnización del artículo 26 de la ley 361 de 1997, indexación, conceptos probados ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que laboró como Administradora de Punto de Venta en concurrencia con recepcionista, auxiliar contable y manejo de correspondencia, desde el 3 de agosto de 1998, y su última asignación salarial fue de \$1.212.000. El día 26 de diciembre de 2018 el empleador terminó el contrato unilateralmente y sin justa causa, alegando abuso de confianza y apropiación de dineros correspondientes a las cesantías (folios 2 al 17 y 38 a 41).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por EDUARDO PERDOMO CASTILLO, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones negando la relación laboral en los extremos señalados por la demandante, y aclarando que había laborado mediante contrato desde el 3 de agosto de 1998 hasta el 3 de agosto de 2011, cuando la asociación de cuentas de participación compuesta por varios socios se disolvió, y que posteriormente se ejecutó un contrato verbal de prestación de servicios. Señaló que nuevamente la actora fue vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido a partir del 15 de octubre de 2014 hasta el 26 de diciembre de 2018. Indicó que la relación laboral terminó por el hurto acaecido el 3 y 6 de agosto de 2018. Propuso como excepciones: *pago, justas causas para la terminación del contrato, imposibilidad de reintegro, cobro de lo no debido y prescripción*. (ver contestación en folios 62 a 73 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de noviembre de 2020, mediante la cual declaró la existencia de dos contratos de trabajo, uno a término indefinido entre el 3 de agosto de 1998 y el 3 de agosto de 2011, y el segundo a partir del 4 de agosto de 2011 al 26 de diciembre de 2018, y condenó al pago de aportes a la seguridad social en pensiones, cesantías, e indemnización por despido

injusto. Absolvió de las demás pretensiones. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora MARÍA MAGDALENA OSPINA GIRALDO como trabajadora, y del señor EDUARDO PERDOMO CASTILLO como empleador, existieron 2 contratos de trabajo a término indefinido, que estuvieron vigentes entre el 3 de agosto de 1998 y el 3 de agosto de 2011, y entre el 4 de agosto de 2011 y el 26 de diciembre del 2018, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al señor EDUARDO PERDOMO CASTILLO a pagar a la señora MARÍA MAGDALENA OSPINA GIRALDO la suma de \$4'537.941 por concepto de cesantías, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR al señor EDUARDO PERDOMO CASTILLO a efectuar a favor de la señora MARÍA MAGDALENA OSPINA GIRALDO los aportes al sistema de seguridad social en pensiones a la administradora de fondos de pensiones que elija la trabajadora, entre el 3 de agosto de 1998 hasta el 30 de septiembre de 2007, y entre el 1° de septiembre de 2011 hasta el 30 de septiembre 2014, tomando como ingreso base de cotización el salario mínimo mensual vigente para cada periodo, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR al señor EDUARDO PERDOMO CASTILLO a pagar a la señora MARÍA MAGDALENA OSPINA GIRALDO la suma de \$6'385.570 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: DECLARAR parcialmente probadas las excepciones de pago y prescripción y no probadas las de justas causas para la terminación del contrato y cobro de lo no debido, formuladas por el demandado, conforme a la parte motiva de esta providencia. SEXTO: CONDENAR en costas al demandado en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho. SEPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda por lo expuesto en la parte motiva de esta Providencia.”* (Expediente digital Minuto 27:44)

Para tomar su decisión, la juez encontró probados los elementos esenciales del contrato de trabajo en dos relaciones laborales la primera a partir del 3 de agosto de 1998 hasta el 3 de agosto de 2011 y la segunda desde el 4 de agosto

de 2011 al 26 de diciembre de 2018. También encontró que no se habían consignado las cesantías en forma correcta, pues se habían pagado directamente a la actora, por lo que bajo los parámetros del artículo 254 CST condenó al pago de la prestación a partir del 4 de agosto de 2011 hasta el 31 de diciembre de 2016 por prescripción. Consideró con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional (T 357- 2016, T 638/2016) que la demandante no está en condición de pre-pensionada. Finalmente, y aunque la demandante no había solicitado en el libelo la indemnización por despido sin justa causa, en uso de las facultades extra y Ultra petita condenó al demandado al pago de este concepto.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado del demandado aduce que en el proceso se demostró, con los interrogatorios de parte y los testimonios, el grave incumplimiento de las obligaciones por parte de la demandante, y que no hay lugar a la condena por cesantías y aportes a pensión, pues la misma demandante tenía a su cargo los dineros correspondientes al pago por ser una empleada de confianza y de manejo y no les dio el destino para el cual le fueron entregados (Minuto 30:23)¹.

¹ “Gracias señorita, me permito interponer recurso de apelación contra su sentencia fecha hoy 17 de noviembre del 2020, mediante la cual resolvió declarar la condena a favor de la señora demandante y en contra de mi poderdante, por los conceptos usted nombra claramente en su providencia, para declarar la indemnización por despido injusto de \$6'385.570, cesantías por valor de \$4'537.000 y costas por \$2'000.000, así como también a pagar los aportes pensionales al fondo respectivo de pensiones que elija la demandante. Me permito sustentar el recurso en los siguientes términos señorita: Dentro de la etapa probatoria de este proceso si se demostró el incumplimiento grave de las obligaciones a cargo de la señora demandante, en el desempeño de sus funciones, toda vez que ya los dineros que tenía a su cargo por ser una empleada de confianza y de manejo no le dio el destino para el cual le fueron entregados por parte del demandado señor Eduardo Perdomo Castillo, los cuales eran que tenía que consignarse al Fondo Nacional del Ahorro y también en lo que tenía que ver con los aportes a pensión. Motivo por el cual me permito mostrar mi inconformidad en cuanto a la condena por este aspecto. También en el aspecto de la indemnización por despido injusto, cuyas causales si se demostraron, su señorita cómo lo mencioné dentro del curso de la etapa probatoria de los interrogatorios de parte efectuadas por la parte demandante y parte demandada, así como también por las pruebas testimoniales que se recaudaron dentro de este proceso. Solicito a su señorita que se sirva conseguir este recurso de alzada, para lo cual dentro del término de los tres días siguientes a ser proferido este fallo, estaré por escrito ampliando los términos para sustentar este recurso de apelación ante su despacho Señor Juez. Eso es todo señorita muchas gracias. Señorita entonces terminó de redondear lo que es en cuanto a la condena que se le hizo también por las cesantías que no se consignaron al fondo de cesantías respectivo. Tampoco estoy de acuerdo señorita con esa condena, toda vez

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en el recurso que entre las partes se ejecutaron dos contratos de trabajo a término indefinido el primero entre el 3 de agosto de 1998 y el 3 de agosto de 2011 y el segundo entre el 4 de agosto de 2011 y el 26 de diciembre de 2018. Estos hechos se corroboran además con los documentos de folios 18, 23, 74, 86 a 88 y 89 a 92.

En consonancia con las materias que fueron objeto de apelación, el Tribunal debe definir (i) si se demostró o no la existencia de una justa causa en el despido de la actora, (ii) si procede el pago de cesantías, y (iii) si procede el pago de los aportes a pensión a que fue condenada la demandada.

i) DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. El artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo define en forma taxativa los hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización.

Obra en el folio 86 a 88 la carta de terminación del contrato de trabajo mediante la cual se motivó el despido de la demandante en los siguientes términos: *“usted como empleada de confianza y manejo abuso y se apropió de forma indebida de los dineros correspondientes a sus cesantías los cuales debía poner a disposición en el Fondo Nacional del Ahorro, bajo su manejo y responsabilidad estaba la de realizar estos pagos por usted y no podía disponer a su arbitrio de esos dineros y utilizarlos en beneficio propio. b) Usted aprovechó para sacar beneficios personales que desvirtúan el sentido de respeto y distancia que debía preservar, caso concreto el de utilizar un préstamo para vacacionar en el apartamento de propiedad de Helena*

que como lo manifesté dentro del curso de este proceso, a la demandante se le pagaba los dineros para que ella los destinará a ser consignados ante el fondo de cesantías y no se hizo, es decir, ella en este aspecto pecó por omisión, que es una falta grave y no le dio el destino al cual el señor Eduardo Perdomo le entregó dichos dineros. Por lo tanto, manifiesto a usted señoría que si están demostrados las causales de justa causa que invocó el señor Eduardo Perdomo Castillo en su carta de terminación de fecha 26 de diciembre de 2018. En estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación su señoría.

Quintana en la ciudad de Santa Marta. Es de sentido común que esta clase de ayudas interfieren en la correcta prestación de los servicios pues de hecho generan un favorecimiento. igual sucedió con el caso de doña Fabiola Palacios a quien usted le solicita el suministro de medicamentos y otros casos que estoy investigando. c) en la administración correspondiente al contrato de cuotas en participación el cual fue debidamente liquidado a pesar de que usted labora con contrato de servicios se le entregaron dineros por cerca de \$8.000.000 para abonarlos a sus cuotas pensionales y usted les dio un destino diferente, de ahí el desfase. d) la pérdida de documentos del archivo de la oficina y que tienen analogía con nuestra relación laboral que en un momento determinado constituyen pruebas a mi favor. En el cuantioso robo de la oficina del cual tuvo conocimiento las autoridades competentes es apenas natural mi afectación anímica, que incide lógicamente en un cambio de temperamento, pero usted ha aprovechado esta circunstancia para desdibujar mi imagen de persona equilibrada, correcta, respetuosa de nuestra relación laboral con todas las personas que me conocen.”

Las conductas según se indicó al preliminar de la carta, se enmarcan en el supuesto normativo del numeral 5º y 6º del artículo 62, que autoriza al empleador para dar por terminada la relación de trabajo por “*Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar del trabajo o en el desempeño de sus labores*”; y *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo a lo artículos 58 y 60 del CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.*”

Para definir la existencia de justa causa en tales hechos, el Tribunal estudiará las pruebas documentales y testimoniales aportadas al expediente para verificar las tres circunstancias que resultan relevantes, dada la causa legal en la que se enmarcan: i) si la conducta endilgada ocurrió o no; ii) si constituye una falta a obligaciones que tuviera la trabajadora; y iii) si reviste gravedad.

Una vez revisado el expediente el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que condenó al demandado al pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues ni siquiera se encuentra probado por quien tenía la carga procesal en este aspecto (la parte demandada), que hubieran ocurrido las conductas que se endilgan como una justa causa.

Reiteradamente ha dicho la jurisprudencia que al trabajador le corresponde probar que el contrato terminó por una decisión unilateral de su empleador, y éste tendrá la carga de demostrar la ocurrencia de la causa justa que alega ocurrida.

No resultan útiles los documentos que obran en medio magnético CD 2 folio 95, pues si bien el demandado envió una petición a la Fiscalía en septiembre de 2019, pidiendo el desarchive del proceso por nuevos elementos de juicio bajo la referencia No. 110016101629201800423 en la cual aparece como “*indiciada*” la demandante, y la noticia criminal ocurrida el 03 de agosto de 2018 -denuncia interpuesta por el demandado-, estas denuncias por sí solas no acreditan las conductas endilgadas.

Adicional a lo anterior, del relato del testigo que allegó la parte demandada, DANIEL ARTURO PERDOMO hijo del demandado (hora 1 minuto 52:10), se concluye que la desvinculación de la actora sucedió por varios motivos, y que reconoció no haberse comprobado algún acto delictivo a la demandante, sólo dijo que el contrato había terminado por la pérdida de confianza de Eduardo Perdomo, razón que no constituye justa causa legal de terminación de una relación de trabajo en el sector privado.

Nada indican sobre las causas de la terminación del contrato los testigos CARMEN ELISA BERNAL -amiga de la demandante- (CD 4 Minuto 56:13), CAMILO DÍAZ BERNAL -cliente del demandado- (CD 4 Hora 1 Minuto 10:50), o DELIO VILLAMIL auditor y ex socio del demandado- (CD 4 Hora 1 Minuto 33:17).

ii). CESANTÍAS: En este punto, han aceptado la doctrina y la jurisprudencia que si las partes, las obligaciones, y la remuneración se mantienen durante TODA la ejecución de la relación de trabajo, y ésta no sufre solución en su continuidad, se estará en presencia de un mismo contrato de trabajo, y por ello, las obligaciones que durante su ejecución surgen para las partes deben pagarse atendiendo estrictamente a las regulaciones que la Ley impone, particularmente la apremiante exigencia del artículo 13 del CST, según el cual, *“las disposiciones de este código [Sustantivo de Trabajo] contienen un mínimo de derechos y garantías consagrados a favor de los trabajadores y no produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca éste mínimo”*.

Con este apremio normativo, el artículo 254 del CST establece clara y perentoriamente una prohibición para el empleador de: *“efectuar pagos parciales del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados”*, [y sanciona a quien incumpla disponiendo que] *“si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado”*.

Así las cosas, y dado que en el presente asunto se efectuó el pago del auxilio de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo, proceden las condenas impuestas en primera instancia, advirtiendo para responder a los argumentos del recurso, que no obra prueba irrefutable de que la demandante manejaba los dineros para pago del auxilio de cesantías de toda la relación de trabajo, además, tampoco obra en el proceso un formulario diligenciado por el empleador que acredite la intención de afiliar a la actora a un Fondo de Cesantías, y aunque la demandante (CD 4 minuto 43:31) confesó que estos pagos por concepto de cesantías SI los recibía anualmente y en efectivo directamente del empleador, la norma es clara en disponer que el auxilio deben consignarse al fondo de cesantías al que esté afiliado el trabajador, y que no se puede efectuar el pago directo al trabajador sino hasta cuando el contrato termine o se autorice un retiro parcial de cesantías.

iii). APOORTE AL SISTEMA DE SERGURIDAD SOCIAL. En el mismo sentido se encuentra acertada la condena al pago de aportes pensionales por los periodos referidos en la sentencia (obligación que impone el artículo 15 de la Ley 100 de 1993). Para el efecto se aportaron los documentos de folios 40 a 45 de los cuales se deducen los aportes insolutos en pensión que ordenó reconocer la sentencia de primera instancia.

No excluyen dicha responsabilidad las afirmaciones que hace el recurso al insistir en que la demandante tenía la facultad de realizar los pagos de sus aportes a pensión, pues tal afirmación no se acreditó con ningún medio probatorio; además, con el memorial dirigido al juzgado que conoció de manera primigenia el proceso y que reposa en el expediente (Cd 3) se observan planillas de pago del año 1998 a 2007 a COLPENSIONES en el que se observan una serie de aportes parafiscales y sobre cuyo texto el apoderado del demandado señala *“me informa mi poderdante, que a solicitud de la demandante, solamente se le cancelaba el Fondo de Riesgos Profesionales y de solidaridad y Garantía en salud, por cuanto ella disfrutaba del SISBEN y no quería perder sus beneficios”*, lo que desvirtúa que el empleador entregaba el dinero directamente para el pago de esos aportes.

Se debe precisar que desde el año 2014 la demandante confesó ser la encargada de realizarse los pagos a pensión, y que estos períodos específicos sí aparecen reflejados en su historia laboral pensional.

Por todo lo dicho el tribunal CONFIRMA en su totalidad la sentencia apelada.

Costas en segunda instancia a cargo del demandado.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **COSTAS** en segunda instancia a cargo del demandado.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE SAIDE MENESES PARRA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 3 de septiembre de 2020 por la Juez Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase al doctor Alejandro Miguel Castellanos López, identificado con T.P. 115.849, para actuar como apoderado judicial de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido conforme la escritura pública No. 0885 del 28 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, SAIDE MENESES PARRA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 1º de mayo de 2011, con fundamento en que este no fue consentido. La actora inició su afiliación al RPM en CAJANAL el 14 de junio de 1984, posteriormente se trasladó a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.) el 1º de enero de 1999, después se trasladó al ISS el 1º de enero de 2009 y finalmente realizó un segundo traslado a la AFP PORVENIR S.A. el 1º de mayo de 2011, de este último traslado la actora presentó multiafiliación con COLPENSIONES. El Comité de Multiafiliación se reunió el 28 y 29 de octubre de 2015 y concluyó que la demandante se encontraba válidamente afiliada a COLPENSIONES, razón por la cual su empleador realizó los aportes a dicha entidad, sin embargo, advierte que a la fecha se encuentra afiliada a PORVENIR S.A., que solicitó a Colpensiones reactivar su afiliación al RPM y dicha entidad le indicó que debía realizar las validaciones pertinentes a fin de determinar el régimen al cual estaba afiliada. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad del traslado al RAIS, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales, y se ordene a COLPENSIONES a realizar las gestiones encaminadas a anular el traslado así como a recibir a la actora sin solución de continuidad (ver demanda en las páginas 60 a 68 del archivo No. 1 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante nunca cotizó al ISS, señala que luego de haber cotizado en el RPM administrado para la época por CAJANAL, la actora continuó afiliada al RAIS y los aportes realizados por el empleador al RPM fueron debidamente devueltos a dicho régimen. Además, advirtió que la actora no es beneficiaria del régimen de transición ni por edad ni por tiempos de servicios. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe,*

prescripción y la innominada o genérica (ver contestación en las páginas 90 a 101 del archivo No. 1 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no existió vicio en el consentimiento y a la demandante se le suministró información acorde con lo dispuesto en las normas legales vigentes en la época y con los lineamientos establecidos por la Superintendencia Financiera en la materia, por lo que tomó la decisión de traslado de manera libre, voluntaria, espontánea, consciente y sin presiones, hecho que se manifestó con la suscripción de la solicitud de afiliación. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (ver contestación en las páginas 146 a 159 del archivo No. 1 del expediente digital)*

Terminó la primera instancia con sentencia del 3 de septiembre de 2020, mediante la cual la Juez Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado realizado por la demandante SAIDE MENESES PARRA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual efectuado el primero de mayo del 2011, a través de la multifiliación respecto a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de SAIDE MENESES PARRA como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA*

DE PENSIONES – COLPENSIONES como administradora del régimen de prima media con prestación definida a recibir todos los valores que reintegre la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con motivo de la afiliación de la demandante SAIDE MENESES PARRA como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causados y assimilarlos a semanas efectivamente cotizadas. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la pasiva. QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada AFP PORVENIR S.A. y se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada una de ellas. SEXTO: en caso de no ser apelada la presente decisión REMÍTASE ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en grado jurisdiccional de CONSULTA” (audiencia virtual, archivo No. 8 del expediente digital, hora 1 minuto 21:52).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP faltó al deber de información pues omitió suministrar a la demandante ilustración suficiente respecto de las consecuencias jurídicas que el traslado de régimen implicaría, tales como el plan de pensión, una proyección pensional o el reglamento de funcionamiento de la entidad. Además, señaló que existió un error de hecho pues la actora creyó estar en un status diferente de acuerdo a la información otorgada por el fondo pensional, y advirtió que habiéndose diligenciado la solicitud de traslado al ISS en el 2006, este no fue asimilado adecuadamente por la AFP lo que generó una situación de multifiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

La apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Señala que no es posible alegar una falta al deber de información pues para la época del traslado sólo le era exigible a los fondos privados el consentimiento y la suscripción del formulario de afiliación. Considera que la inconformidad de la actora versa sobre el monto de la mesada pensional, y que debe estimarse el impacto que este tipo de decisiones puede generar en la estabilidad financiera a la luz de la sentencia C 062 de 2010 (audiencia virtual, archivo No. 8 del expediente digital, hora 1 minuto 23:40)¹

El apoderado de PORVENIR pide que se revoque la condena impuesta a la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, y de forma subsidiada solicita no sea condenada en costas en la apelación. Afirma que dichos valores fueron efectivamente descontados de la cuenta de ahorro

¹ *“Presento mi recurso de apelación ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el a quo bajo los siguientes argumentos. Primero, en lo que respecta a la falta de información al momento de efectuar el traslado alegado por la demandante, se debe señalar que dicho requisito ... por la Ley 14... del 2014 que modificó el artículo noveno de la Ley 1328 de 2009, por tanto, en el año 2011 fecha en la cual la demandante ... el traslado no era exigible a los fondos brindar una información detallada al momento del traslado, pues para aquella época sólo se requería el consentimiento de la persona y que suscribiera el formato de afiliación razón por la cual en el presente asunto no se podía haber alegado la falta de información por parte de los asesores. Segundo, en virtud a que la demandante no se le está negando el derecho a acceder a una pensión de vejez pues al cumplir con los requisitos establecidos en la ley puede serle reconocido este derecho en el régimen de ahorro individual, lo que su inconformidad únicamente versa sobre el monto de la pensión de vejez que está aquí, se debe considerar al momento de resolver el caso bajo estudio el impacto que este tipo de decisiones pueden generar en la estabilidad financiera de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, pues al concederse el traslado de la demandante al régimen de prima media faltándole menos de diez años para cumplir la edad para que le sea reconocida la pensión de vejez se descapitaliza el fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, en este sentido, la Corte Constitucional en la sentencia C 062 del año 2010 señaló lo siguiente ‘el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, que se produciría si se permitiera trasladar de régimen las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; ya que esto contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes’, dicho lo anterior, se debe agregar que permitir a una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad, sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que le da derecho la seguridad social, bajo estos argumentos dejo sentado mi recurso de apelación, muchísimas gracias señora Juez”.*

individual con destino al cubrimiento de los riesgos de invalidez o muerte por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a la AFP, que los mismos se encuentran autorizados por mandato legal y devolverlos generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la actora. Además, solicita que en la apelación no se condene en costas a la AFP toda vez que se trata de un recurso parcial frente a un punto en específico (audiencia virtual, archivo No. 8 del expediente digital, hora 1 minuto 26:35)²

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que la actora se afilió a CAJANAL el 14 de junio de 1984, se trasladó a COLPATRIA (hoy PORVENIR S.A.) el 1 de enero de 1999 y posteriormente se trasladó al ISS (hoy COLPENSIONES) el 1 de enero de 2009. Lo que se discute es el segundo traslado realizado a PORVENIR S.A. el 1º de mayo de 2011.

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

² “Gracias señora Juez, frente a la sentencia que se acaba de proferir interpongo el recurso de apelación parcial respecto de la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras, ha de tenerse en cuenta señora Juez que para que la accionante pudiera ser beneficiaria de los seguros de los riesgos de vejez o muerte, de invalidez o muerte, pues se deben tener unos seguros contratados y vigentes, valores que fueron descontados efectivamente de su cuenta para ese fin para que estuvieran los seguros activos al momento de una de las eventualidades propias del régimen y que cubre la administradora que yo represento, en este caso PORVENIR S.A., valores que se descuentan no de manera arbitraria sino que es por mandato de la ley, Ley 100 de 1993 y modificación del artículo siete de la Ley 797 del 2003, en ese sentido, devolver estos dineros pues generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de COLPENSIONES, en cabeza de la afiliada, toda vez que estos valores ya se encuentran causados en los periodos que corresponde tener el seguro vigente, en este sentido y por el hecho de haber interpuesto este recurso parcial respetuosamente solicitamos señores Magistrados no vayamos a ser condenados en costas toda vez que es un recurso parcial frente a un punto específico, muchas gracias”.

años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 51

años de edad y había cotizado 697,29 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 9 meses y 19 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver página 5 y 69 del archivo No. 1 del expediente digital).

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

Adicionalmente y con base en dichas providencias, cuando el traslado inicial de régimen se haya efectuado cumpliendo los requisitos **sustanciales** dispuestos para el efecto, el acto jurídico se habrá perfeccionado y el juez debe validarlo con las consecuencias que implican las normas que restringen las posibilidades de traslado cuando el afiliado está cerca de cumplir la edad de pensionarse, sin que tales consecuencias se puedan enervar asumiendo que los errores de derecho vician el consentimiento, o permitiendo que se apliquen retroactivamente normas o requisitos que no existían en el momento en que el acto jurídico se perfeccionó.

Por ello esta Sala ha entendido que solo se puede obtener su anulación del traslado cuando se demuestra, que éste no cumplió los requisitos sustanciales dispuestos para perfeccionarse, por cualquier causa, entre ellas porque no se respetaron las restricciones de afiliación o traslado a las que se hizo referencia al inicio de esta decisión –como ocurrió en el caso bajo estudio-. En estos casos el acto jurídico inicial no se habrá perfeccionado y procede la declaración de nulidad, no por vicios en el consentimiento, sino por objeto ilícito o prohibido en la Ley.

Se afirma que esta situación ocurrió frente a SAIDE MENESES PARRA, pues en el expediente se demostró que la vinculación al RAIS, el día 1° de mayo de

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en las páginas 17 a 23 del archivo No. 1 del expediente digital.

⁴ Ver historial laboral válida para bono pensional en la página 168 del archivo No. 1 del expediente digital.

2011 (ver certificado de información laboral en la página 10 del archivo No. 1 del expediente digital) no respetó el mínimo de permanencia que regulaba el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, literal e) modificado por la Ley 797 de 2003⁵, dado que la selección inicial de trasladado al ISS, hoy COLPENSIONES, se realizó el 1 de enero de 2009, hecho que se obtiene del certificado de afiliación que obra en la página 16, del archivo No. 1 del expediente digital.

Además, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶ ⁷, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al

⁵ “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial”.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, por existir objeto ilícito en la afiliación de la actora al RAIS, y porque la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera informado lo pertinente, en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que le dijeron que CAJANAL tenía problemas económicos, ya estaba liquidada y el ISS estaba pasando por la misma situación, y le explicaron que los beneficios de ingresar al RAIS serían obtener el 100% de la mesada y la posibilidad de pensionarse anticipadamente (audiencia virtual, archivo No. 8 del expediente digital, minuto 14:50).

Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que condenó al reintegro de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren

causado. Respecto a las sumas adicionales de las aseguradoras estos se entienden integrados a los gastos de administración conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 el cual dispone que *“el 3% restante sobre el ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivientes”*.

No obstante, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en el RAIS, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Finalmente y dando respuesta a la apelación, se condenará en costas en esta instancia a PORVENIR S.A. pues así lo dispone el artículo 365 del Código General del Proceso frente a quien resulta vencido en juicio o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como ocurrió en el caso bajo estudio.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

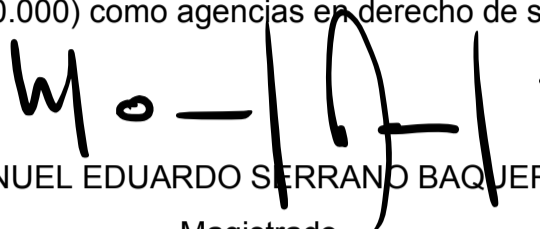

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 34 2018 00412 01

Saide Meneses Parra Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otra

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SETECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$700.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JAIME FRANCISCO AVENDAÑO LAMO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2020 por la Juez Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Juanita Alexandra Silva Téllez, identificada con T.P. 334.300, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder conferido (ver Escritura pública No. 0885 del 28 de agosto de 2020 y apoderados judiciales de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S.)

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JAIME FRANCISCO AVENDAÑO LAMO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 18 de diciembre de 1995, con fundamento en que fue engañado por parte del asesor del fondo quien lo persuadió con información errada y no le proporcionó ilustración suficiente sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, no se hicieron proyecciones pensionales, ni le informaron sobre las condiciones para pensionarse anticipadamente, o las modalidades de pensión, al contrario, le dijeron que tenía derecho a un bono pensional que podía utilizar cuando quisiera y que podía pensionarse a cualquier edad. Advierte que el 17 de agosto de 2018 solicitó su retorno a COLPENSIONES, el cual fue negado. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad del traslado y afiliación del RPM al RAIS, se ordene el retorno al RPM administrado por Colpensiones y se ordene el traslado a esta entidad de todas las cotizaciones y los rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual (ver demanda en las páginas 3 a 35 del archivo No. 1 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no hubo vicio del consentimiento, y en cualquier eventualidad la nulidad se habría saneado al ejecutarse de manera voluntaria lo acordado en el contrato. Además, indica que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales, pues le faltan menos de 10 años para cumplir con el requisito de edad para adquirir el derecho pensional. Propuso como excepciones: *inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, ratificación de la decisión de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad – traslado de Colfondos S.A. a Protección S.A. (confesión de la parte demandante), falta de legitimación en la causa por*

*pasiva, prescripción y la de inexistencia de causal de nulidad*¹ (ver contestación en las páginas 118 a 132 del archivo No. 1 del expediente digital).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado del demandante al RAIS lo hizo de manera consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, además, contaba con plena capacidad legal para decidir pues sus condiciones académicas, culturales y sociales le daban la suficiente idoneidad y aptitud para entender las consecuencias de ello, previo a habersele brindado información acorde con lo dispuesto en las normas legales vigentes en la época y dada su propia situación pensional, pues contaba con el requisito de edad y no de semanas para ser beneficiario del régimen de transición. Propuso como excepciones: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, la de buena fe* (ver contestación en las páginas 177 a 195 del archivo No. 1 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de septiembre de 2020, mediante la cual la Juez Treinta y nueve (39º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el Señor Jaime Francisco Avendaño Lamo del régimen de prima media al régimen de ahorro individual y con efectividad a partir del primero de enero de 1996 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que deberá entenderse que el actor jamás se separó del régimen de prima media. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a que transfiera todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar*

¹ En la contestación de Colpensiones, el acápite de las excepciones hace referencia a otro demandante.

dineros que haya pagado por conceptos de seguros de pensión de invalidéz y sobreviviente, todo con destino al régimen de prima media que es administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba los dineros del numeral anterior y reactive la afiliación del actor al régimen de prima media sin solución de continuidad. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que inicie las acciones civiles que considere tener a efectos de obtener el resarcimiento de los perjuicios que se puedan causar con esta decisión en contra de PORVENIR. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR entre las cuales se debe incluir como agencias en derecho la suma de \$1.790.000. SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión por resultar adversa a COLPENSIONES” (audiencia virtual archivo No. 14, hora 1, minuto 4:33).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP faltó al deber de información y no cumplió con la carga de la prueba, pues no se allegó material que permitiera entender que hubiese brindado una información completa y suficiente al demandante al momento de suscribir el formulario de traslado de régimen, advirtiendo que del mismo no es posible evidenciar la información que aduce la AFP se le brindó al actor.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

El apoderado de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia y de forma subsidiaria se revoque la condena impuesta a devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, al pago de los perjuicios que se llegaren a causar, y al pago de costas. Afirma que el demandante no acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento; al contrario, manifestó que tomó la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera voluntaria.

Además, indica que los descuentos por gastos de administración se destinaron al manejo de los recursos para generar los rendimientos financieros de su cuenta de ahorro individual y, finalmente dice que no existe un daño que hubiese generado la AFP o un nexo causal con la misma, pues obró conforme a las normas vigentes para la época del traslado (audiencia virtual, archivo No. 14. hora 1, minuto 5:54)².

² *“Su señoría muchas gracias, encontrándome dentro de la oportunidad procesal para el efecto me permito presentar recurso de apelación contra la decisión que ha sido proferida en el presente proceso, en tal medida el objeto de mi recurso de apelación será que se revoquen todas y cada una de las condenas que han sido incoadas en contra de mi representada y en tal medida la materia versará sobre los siguientes aspectos. Primero, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional del señor demandante, segundo, en lo que corresponde a la condena a devolver los gastos o los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual mejor, tercero, en lo que corresponde a la autorización dada a COLPENSIONES para repetir contra mi representada en caso tal de cuando tenga que reconocer la pensión del señor demandante, y cuarto, lo que corresponde a la condena en costas. Su señoría sea lo primero indicar que al ser fijado pues o mejor con la petición de la demanda lo que se pretendía en el presente proceso era la declaratoria de la nulidad de traslado de régimen pensional, de ahí que pues debió el despacho y ese pues es mi primer punto de inconformidad que de manera respetuosa manifiesto y es que al ser pues la solicitud de nulidad lo que se realizó en el presente proceso, pues debió por parte de la parte accionante acreditarse cuál fue ese vicio en el consentimiento al que dio lugar ese traslado de régimen pensional y en tal medida, pues acreditarse si hubo un hecho que hubiera dado lugar o que en el que se pudiera evidenciar fuerza al momento en que se realizó ese traslado de régimen pensional y, como quedó claro, pues con las pruebas recaudadas y con el interrogatorio de parte que pone el señor demandante pues se puede establecer que no se encuentra probada situación alguna que hubiere dado lugar a fuerza máxime cuando él manifiesta y sostiene que su traslado de régimen pensional no se realizó bajo ningún tipo de presión, que él realizó su traslado de régimen pensional de manera voluntaria. De igual manera su señoría, téngase en cuenta pues también que y como segundo aspecto de reproche en este punto en particular la situación por la cual pasaba el Instituto de Seguros Sociales era de público conocimiento y el tal medida, pues argüir que mi representada al haber comentado algo que ya era de público conocimiento y de lo que ya se conocía mejor que era una situación que pues de cierta manera grave para los intereses de las personas que se encontraban vinculadas a dicho régimen pensional, máxime cuando pues era también de público conocimiento que las personas que se encontraban en dicho régimen pensional pues podían llegar a morir sin haber disfrutado siquiera una sola mesada pensional, entonces en tal medida pues sostener que argüir o más o menos tener en cuenta dicha situación para el momento de tomar una decisión de traslado de régimen pensional pues excede como tal lo que corresponde a este fallo, en la medida en que no es un motivo suficiente para condenar a mi representada máxime cuando no hay una relación causal directa pues entre que mi representada hubiese dado esta información y que el señor demandante no la hubiese podido conocer por otros medios o que fuera también de público conocimiento. De igual manera, es de sostén que para la fecha en que se realizó este traslado de régimen pensional no se exigía soporte o prueba diferente... no se exigía otra prueba adicional a la suscripción del formulario de vinculación, razón por la cual pues la prueba de dicha asesoría y en la que se puede leer en la leyenda final que recibió la información correspondiente al régimen de transición se encuentra en dicho documento, con lo cual pues requerir a mi representada para que tenga uno u otro medio diferente al que se exigía en la época para probar la asesoría pues va más allá de las posibilidades que tiene de probar, entonces en este sentido pues también es de tener en cuenta en el caso concreto que se le exige a mi representada un esfuerzo adicional de prueba que va en contra de todo equilibrio probatorio puesto que, para el momento en que se realiza dicho traslado el único documento exigido era ese formulario de vinculación que se aporta con la contestación de la demanda*

con lo cual no encuentra mi representada sentido en ese punto concreto pues se le exige más de lo que realmente puede probar, de igual manera, téngase en cuenta que si lo pretendido o lo que el despacho mejor condicionó como para el fallo concreto era la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues no se encuentra probada a la luz de lo establecido en el artículo 13 literal b) y 271 de la Ley 100 de 1993, situación alguna que hubiese generado una presión o un cercenamiento de esa posibilidad o de esa libertad que tenía el señor demandante para expresar su voluntad de trasladarse de régimen pensional con lo cual pues en el caso concreto la ineficacia está completamente regulada en la ley y no arguye o no hace manifestación a un tipo o a una claridad sobre cuál era la información que se debía dar, sino por el contrario, dice que es una situación que lleve al constreñimiento de esa voluntad para expresar ese traslado de régimen pensional, situación que tampoco se encuentra probada en el caso concreto. En lo que corresponde pues como segunda parte de mi recurso al traslado a la devolución de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante, téngase en cuenta que la devolución de esos gastos de administración y de las primas de seguros pues genera un perjuicio en el patrimonio de mi representada, que realizó una administración adecuada y de buena fe y profesional además de esos recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante, muestra de ello son esos rendimientos financieros que generó dicha cuenta con lo cual pues esos saldos que se descuentan por gastos de administración ya fueron apropiados y además de eso pues ya cumplieron su función que era pues que se pudieran generar esos rendimientos financieros y, además, cubrir los riesgos de invalidez y muerte que también sea importante decir que esos gastos de administración también son descontados en el régimen de ahorro individual, con lo cual someter a mi representada a que los restituya es generar un enriquecimiento sin causa para el caso concreto y ahí también pues habría que manifestar que con esta condena de los gastos de administración pues también se debió haber dicho que el señor demandante tendría que haber retornado los rendimientos financieros de su cuenta, pues sin el descuento de estos gastos de administración pues no se habrían podido generar dichos rendimientos financieros y en ese sentido, también es importante manifestar que con esta condena que ha sido proferida por el despacho sería tanto como indicar que durante el año desde el primero de enero del año 1996 hasta la actualidad pues que el riesgo de invalidez y muerte del señor demandante nunca estuvo cubierto situación que no es cierta pues en ese sentido se descontaron esas primas de seguros para dar cubrimiento a esos riesgos. Por otra parte su señoría, téngase en cuenta que este traslado de régimen pensional al no haberse realizado bajo ningún tipo de presión que pueda acreditar una situación de ineficacia, ni tampoco que este traslado de régimen pensional se realizó bajo ningún tipo de engaño o que se encuentre probado dentro del proceso de la referencia alguna situación que diera lugar a un vicio del consentimiento en el señor demandante y, que además de ello, tampoco se encontraba para la fecha en que se realizó este traslado de régimen pensional el señor demandante en ninguna de las prohibiciones que establecía la Ley 100 de 1993 dentro del artículo 60 y 61 y, con el formulario que se allega pues también se da cuenta de la información que se le brindó entre esta la existencia o la posibilidad o cómo existía o qué era un régimen de transición, pues no sería dable a mi representada a condenarla a la generación de un perjuicio alguno o mejor, al reconocimiento de posibles perjuicios que pudiese llegar a causar el reconocimiento de una pensión por parte de Colpensiones ¿y por qué no los causa?, en la medida en que este traslado de régimen pensional se realiza pues de acuerdo a la normativa vigente para la época y no se encuentra establecido o mejor, en las causales que dan lugar a la responsabilidad no se encuentra establecido primero, cuál es el daño ni el nexo causal que genere que pues o que mejor mi representado hubiese causado un daño con realizar una actuación que se encuentra de acuerdo a la ley o mejor al ordenamiento jurídico que regía para dicha época, en ese sentido su señoría y de acuerdo con lo anterior y al no encontrarse probada situación alguna que de lugar ni a la nulidad ni a la ineficacia del traslado de régimen pensional pues para este apoderado no se encuentra probada la situación fáctica que describe el artículo 365 del Código General del Proceso, con lo cual pues tampoco daría lugar a la condena en costas que se hizo a mi representada, en este sentido dejo sustentado mi recurso de apelación para que su señoría si a bien lo tiene lo conceda y sea pues admitido y despachado de manera favorable a los intereses de mi representada por parte del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, muchas gracias”.

La apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Afirma que el demandante tomó la decisión de trasladarse de régimen pensional de manera libre, espontánea y voluntaria por lo que no se encuentra ningún vicio en el consentimiento. Además, dado que transcurrieron más de diez años desde su afiliación, la misma se encuentra tácitamente ratificada y se encuentra prescrita la oportunidad para iniciar una acción orientada a la nulidad o ineficacia de la afiliación (audiencia virtual archivo No. 14, hora 1, minuto 16:01)³.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

³ *“Muchas gracias doctora, siendo la oportunidad pertinente presento frente al despacho y contra la decisión tomada por el mismo recurso de apelación con el fin de que sea conocido por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, rogándole a los Honorables Magistrados revocar la decisión del a quo y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas teniendo en cuenta que el demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 sin que se haya ejercido presión o coacción alguna al momento de tomar su decisión libre, espontánea y voluntaria, como quiera que el actor presentó puso su solicitud de retorno a régimen de prima media solo hasta agosto de 2019 por tanto se encontraría ratificada su decisión de mantenerse en el régimen de ahorro individual como quiera que transcurrieron mucho más de diez años desde su afiliación primigenia en enero de 1996, por lo que ha transcurrido mucho más del término de prescripción de que trata el artículo 1750 del Código Civil y los artículos 488 y 151 del Código Sustantivo del Trabajo y el Código Procesal del trabajo y se encontraría por ende prescrita la oportunidad para iniciar la acción orientada a la nulidad o ineficacia de la afiliación y como quiera que no se ha presentado o demostrado que haya existido error, fuerza o dolo al momento de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, esto conforme lo describen los vicios del consentimiento los artículos 708 y siguientes del Código Civil, la celebración del contrato u acto jurídico se encontraría válidamente efectuada y sería improcedente acceder al pedimento de la nulidad o ineficacia de la afiliación, máxime cuando el demandante para el año 2019 ya se encontraba dentro de la prohibición descrita en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 en la cual los afiliados no podrían retornar al régimen de prima media cuando le falten menos de diez años para cumplir su derecho pensional, por tanto, como quiera que se encuentra válida la afiliación del demandante por no encontrarse ningún vicio en el consentimiento y se encuentra ratificada tácitamente su afiliación y así mismo también no se encuentran plenamente demostrados los perjuicios o las razones que alega el demandante que se presentaron un error o un engaño al momento de la afiliación, toda vez que pues lo que manifiesta el demandante es que lo que se evidencia con las manifestaciones presentadas dentro del proceso es que no se encuentran satisfechas las expectativas del demandante y, que pues como ya se manifestó a lo largo del proceso él guardó silencio durante toda su afiliación y conforme lo dispone el Decreto 2241 del año 2010 se deben asumirse los silencios que se guarden y aceptar los efectos jurídicos que conlleven su decisión de trasladarse de régimen pensional, por tanto, ruego a los honorables magistrados absuelvan a mi representada de todas y cada una de las condenas y en caso de resultarle favorable la decisión se ordene a la AFP normalizar la afiliación dentro del sistema de información de la Administradora y la devolución de los aportes y el archivo con que cuenta el demandante en el régimen de ahorro individual, de esa manera dejo plasmado mi recurso, gracias”.*

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

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

pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 43 años de edad y había cotizado 601 semanas⁴, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 10 años, 4 meses y 15 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 66 años de edad – ver folios 36 y 85 del expediente).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶ ⁷, según el cual, se debe

⁴ Ver historia laboral actualizada de PORVENIR en las páginas 229 a 238, archivo No. 1 del expediente digital.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin*

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad.

La Sala estima que en el interrogatorio de parte que el demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PORVENIR S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que solo le dijeron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar por lo que muy posiblemente los que estaban allí iban a perder los ahorros y, que en el fondo privado se podía pensionar a cualquier edad, con una pensión más alta y sus hijos podían heredar la pensión sin importar la edad (audiencia virtual, minuto 11:52). Para esa Corporación los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”.

Así las cosas, no se puede entender que hubo el “*consentimiento informado*” que exige la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo que resulta particularmente claro si se tiene en cuenta que había una consecuencia claramente negativa para el traslado pues implicaba la pérdida del régimen de transición del que era beneficiario por contar con 41 años de edad para el 1° de abril de 1994.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que sigue la Sala como precedente (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA): para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, “*pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES*” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Igualmente se confirmará la decisión que dispuso a cargo del Fondo asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión, pues en la conclusión a la que se arriba, con fundamento en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, queda radicada en el Fondo la responsabilidad por los daños causados a COLPENSIONES, y por ello los debe reparar. Para el caso presente tales daños quedan representados en las

diferencias pensionales que deberá pagar COLPENSIONES en valores no previstos y sin tener las reservas dispuestas para el efecto, por las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones, y por ello bien podrá obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que causó PORVENIR S.A., AFP al permitir el traslado de régimen sin que se cumplieran los requisitos *jurisprudenciales* dispuestos para ese efecto.


Asimismo, se confirmará la condena en costas a PORVENIR S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y pierde el proceso o la instancia, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en las páginas 177 a 195, archivo No. 1 del expediente digital).

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 39 2018 00566 01

Jaime Francisco Avendaño Lamo Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otra

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SETECIENTOS MIL MPESOS MCTE (\$700.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA ISABEL DÍAZ PACHÓN CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 10 de septiembre de 2020 por la Juez Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Lucy Yohanna Trujillo del Valle, identificada con T.P. 228.265, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido (ver Escritura Pública No. 3368 del 2 de septiembre de 2019).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA ISABEL DÍAZ PACHÓN presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 13 de abril de 2000, con fundamento en que fue persuadida por parte del asesor del fondo quien no le proporcionó información técnica suficiente, transparente, equitativa y adecuada sobre su situación pensional, ni sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS, pese a que tenía una expectativa legítima de causar su derecho pensional en el RPM por contar con 912 semanas cotizadas. Advierte que el 8 de julio de 2019 agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, pide que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación al RAIS, que dicha afiliación obedeció a la omisión de la información, engaño y error, se ordene el traslado y la afiliación a COLPENSIONES sin solución de continuidad, y se condene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, gastos de administración y demás dineros aportados al RAIS (ver demanda en las páginas 7 a 39 del archivo No. 1 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, no se evidenció ningún tipo de vicio en el consentimiento, y advirtió que la actora no era beneficiaria del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicio de acuerdo a los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010, entre otras. Propuso como excepciones: *declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fue por parte de AFP Protección S.A., inexistencia de perjuicios, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta*

EXP. 39 2019 00524 01
María Isabel Díaz Pachón Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otra

de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la excepción genérica (ver contestación en las páginas 120 a 133 del archivo No. 1 del expediente digital)

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no existió vicio de consentimiento y, en cualquier eventualidad, la nulidad se habría saneado al ejecutarse de manera voluntaria lo acordado en el contrato, además, indica que resulta desproporcional trasladarse la carga de la prueba a las AFP's, pues para la fecha de afiliación no era obligatorio dejar un registro documental de la información entregada. Propuso como excepciones: *descapitalización del sistema pensional, 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 al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (ver contestación en las páginas 175 a 204 del archivo No. 1 del expediente digital).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de septiembre de 2020, mediante la cual la Juez Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora MARÍA ISABEL DÍAZ PACHÓN del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de DAVIVIR ING hoy PROTECCIÓN con efectividad a partir del primero de junio del 2000 es ineficaz y por ende no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media. SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN a que transfiera todas la sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración sin que le sea dable descontar suma alguna por*

conceptos de seguros de invalidez o sobrevivencia, todo con destino al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros del numeral anterior y reactive la afiliación de la actora al régimen de prima media sin solución de continuidad. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. QUINTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que inicie las acciones judiciales que considere pertinentes para el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda suscitar esta decisión de ineficacia y en contra de PROTECCIÓN. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN dentro de las cuales deberá incluirse como agencias en derecho la suma de \$1.790.000. SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión por resultar adversa a COLPENSIONES” (audiencia virtual, archivo No. 8 del expediente digital, minuto 46:31).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, pues del formulario de afiliación y la suscripción del mismo no se dilucida cuál fue la información que se brindó a la demandante, advirtiendo que a pesar de habersele ilustrado sobre las características del RAIS esta información resulta insuficiente con respecto a la situación fáctica de la actora.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. pide que se revoque de manera parcial la sentencia de primera instancia, en lo que se refiere a la condena impuesta a devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y al pago de los perjuicios que se llegaren a causar. Afirma que los descuentos están autorizados por mandato legal y la devolución de los mismos generaría una violación a los principios de igualdad y restituciones mutuas, y además

indica que el pago de los perjuicios no fue objeto de debate, la entidad no los reclamó ni los demostró, o probó la existencia de un nexo causal entre la AFP y un posible perjuicio (audiencia virtual, archivo No. 8 del expediente digital, minuto 48:06)¹

La apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Afirma que la demandante se trasladó de régimen pensional de manera libre, espontánea y voluntaria, sin que haya existido presión o coacción. Además, indica que al momento de presentar la solicitud de nulidad se encontraba inmersa en la prohibición legal del artículo segundo de la Ley 797 de 2003, y que al guardar silencio sobre las deficiencias de su

¹ “Gracias su señoría, encontrándome en esta oportunidad presento recurso de apelación de manera parcial el cual sustentó de la siguiente manera. Solicito a los Honorables Magistrados se sirvan revocar de manera parcial el numeral segundo de la sentencia y de manera total el numeral quinto de esta providencia. El numeral segundo de manera parcial solamente en lo que refiere a la orden del despacho de devolver los gastos de administración y considero que esta medida viola no solamente las disposiciones contempladas en el artículo 20 de la Ley 100 que fue modificado por la Ley 797 en cuanto a que estos gastos de administración son recursos que la misma ley ordenó a los afiliados pagar por la gestión de los fondos tanto públicos como privados, entonces ordenarle a PROTECCIÓN devolver estos gastos crea primero una desigualdad frente a COLPENSIONES, segundo, desconoce la labor de mi representada en pro de los rendimientos de la señora MARIA ISABEL, tercero, crea un desequilibrio económico y patrimonial a mi representada; en este hilo conductor tenemos también que hay una vulneración al principio de igualdad y al principio de restituciones mutuas por qué porque el principio de igualdad dice, si yo recibo unos rendimientos lo más acorde y lo más aceptable es que pague por estos por la gestión que se hizo para generar estos rendimientos que es el gasto de administración, y segundo las restituciones mutuas, si el despacho ordena a PROTECCIÓN devolver los rendimientos generados debe haber un pago de los gastos de administración de lo contrario pues no habría lugar a que PROTECCIÓN devolviera unos rendimientos, toda vez pues que si el despacho está considerando que no hay o que nunca existió el negocio jurídico pues tampoco debieron haber existido los rendimientos que ordena darle a la afiliada. Ahora bien, en cuanto al numeral quinto de su providencia la señora Juez de primera instancia desconoce o olvida que la fijación del litigio se centró única y exclusivamente en determinar si daba una ineficacia o una nulidad del traslado de la señora MARÍA ISABEL, en este proceso jamás se discutió posibles perjuicios en contra de COLPENSIONES, la misma entidad tampoco lo reclamó, tampoco los demostró, ni siquiera enrostró un valor de los mismos o la existencia de un nexo causal frente a un posible perjuicio, la señora Juez menos aun indicó que se iba a fallar de manera extra petita porque tampoco estos perjuicios tampoco fueron solicitados por la señora MARÍA ISABEL, en ese orden de ideas pues su señoría solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan revocar este numeral quinto puesto que no tiene un asidero jurídico, no fue tenido en cuenta en la fijación del litigio y por ende no debe permanecer en la sentencia, en estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias”.

afiliación ratificó tácitamente la misma (audiencia virtual, archivo No. 8 del expediente digital, minuto 52:23)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

² *“Muchas gracias su señoría, siendo la oportunidad pertinente presento frente al despacho y con la decisión emitida por el mismo recurso de apelación rogándole que sea conocido por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, rogándole a los Honorables Magistrados que se revoque la decisión emitida por el a quo y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas como quiera que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se haya demostrado que haya existido alguna presión o coacción al momento de tomar su decisión libre, espontánea y voluntaria de afiliarse a la AFP hoy PROTECCIÓN. Adicionalmente, debemos tener en cuenta que para el momento en que la demandante se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad se encontraba frente a una mera expectativa frente a su derecho pensional y como quiera que la demandante contaba solo con la edad de 39 años y por tanto pues se encontraba en construcción tal derecho, aunado a esto tenemos que pues la demandante debió haber solicitado previo a dentro de los cuatro años siguientes conforme lo dispone el artículo 1750 del Código Civil la rescisión del contrato o en su defecto haber solicitado la nulidad de la afiliación dentro de los tres años siguientes a la afiliación conforme lo dispone el artículo 488, 851 del Código Sustantivo del Trabajo y del Código Porcesal del Trabajo, sin embargo, se evidencia que la demandante solo hasta el año 2019 en Julio 2019 cuando ya contaba con la edad de 58 años y habiendo transcurrido más de diez años desde su afiliación inicial a la AFP presentó su solicitud de traslado de régimen pensional y como quiera que ya se encontraba dentro de la prohibición descrita en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 resulta improcedente acceder a su pedimento de retornar al régimen de prima media con prestación definida, por tanto, ruego a los Honorables Magistrados que se absuelva a mi representada puesto que la demandante ratificó tácitamente su deseo y voluntad de mantenerse en el régimen de ahorro individual con solidaridad conforme lo dispuso el artículo 1754 del Código Civil por haber realizado pues sus aportes sin ninguna reclamación previa, y adicionalmente pues la demandante guardó silencio frente a las deficiencias de su afiliación y por tanto pues lo consecuente es que acepte los efectos legales que tuvo su decisión de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme lo dispone el Decreto 2241 de 2010 en el cual pues se exponen los deberes de los consumidores financieros y los cuales deben de llegar informados sobre las condiciones del sistema general de pensiones que pues para el presente caso no se realizó siquiera una solicitud de información ni a la AFP DAVIVID o PROTECCIÓN o al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES o COLPENSIONES donde se solicitara una información somera sobre su derecho pensional y por tanto pues se encontraría válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, ruego a los Honorables Magistrados se revoque la decisión y se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, gracias”.*

años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 38

años de edad y había cotizado 762 semanas³, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 9 años, 2 meses y 3 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver archivo No. 7 del expediente administrativo y página 84 del archivo No. 1 del expediente digital).

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

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

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en el expediente administrativo, archivo No. 2 del expediente digital.

⁴ *Ibidem*.

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

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas*

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

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

jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues el fondo DAVIVIR ING hoy la AFP PROTECCIÓN S.A. no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que suscribió el documento de traslado de Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad. La Sala estima que en el interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso no confiesa que el asesor comercial de PROTECCIÓN S.A. le hubiera brindado información en los términos establecidos por la Corte, pues manifestó que le dijeron que debía cambiarse de régimen al fondo privado porque el ISS se iba a acabar y corría el riesgo de quedar sin pensión, además, que allí iba a tener una pensión segura, buena rentabilidad y una pensión alta (audiencia virtual, archivo No. 8 del expediente digital, minuto 9:40. Para la Corte, los Fondos deben demostrar en el proceso no solo que brindaron ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca*

produjo efectos” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del acto jurídico por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales, pues así lo ha definido la Sala Laboral en las sentencias que se siguen como sustento de esta decisión (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Igualmente se confirmará la decisión que dispuso a cargo del Fondo asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión, pues en la conclusión a la que se arriba con fundamento en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, queda radicada en el Fondo la responsabilidad por los daños causados a COLPENSIONES y/o al afiliado, y por ello los debe reparar. Tales daños quedan representados en las diferencias pensionales que deberá pagar COLPENSIONES en valores no previstos y sin tener las reservas dispuestas para el efecto, por las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones, y por ello bien podrá obtener COLPENSIONES por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que le causó PROTECCIÓN S.A., AFP al permitir el traslado de régimen sin que se cumplieran los requisitos *jurisprudenciales* dispuestos para el efecto.

EXP. 39 2019 00524 01

María Isabel Díaz Pachón Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otra

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

AUSENTE CON PERMISO
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SETECIENTOS MIL PESOS MCTE (\$700.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado