

EXP. 35 2022 00201 01
Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GLORIA CECILIA PÉREZ FONSECA CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS SKANDIA S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 14 de junio de 2023 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) 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).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GLORIA CECILIA PÉREZ FONSECA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare *nulo* el formulario de afiliación suscrito por la demandante con SKANDIA S.A. mediante el cual se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debido a que no medió su consentimiento en el cambio de régimen porque no fue informada con

EXP. 35 2022 00201 01
Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

suficiencia y se doblegó voluntad con argumentos tales como *la desaparición del ISS, la improductividad de los aportes en este régimen, la productividad de los rendimientos en el RAIS y la pensión en cualquier edad*. En consecuencia, pide que se declare que para todos los efectos pensionales continúa afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (ver demanda y su subsanación folios 48 a 57 del archivo 01 y archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que al expediente no se aporta prueba que acredite que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en algún error por falta al deber de información por parte de la AFP, o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Tampoco obra alguna nota de protesta que permita inferir con *probabilidad de certeza* que se encontraba inconforme con el régimen al que estaba afiliada. Por el contrario, las documentales dan cuenta que la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, *sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas*. Advierte que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 por lo que no es procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepción previa *la falta de integración del litis consorcio necesario* y como excepciones de fondo las que denominó: *Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica* (ver contestación folios 2 a 38 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 35 2022 00201 01
Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda. Precisa que el 23 de diciembre de 2019 la demandante suscribió formulario de vinculación a ese fondo como traslado de la AFP PORVENIR, afiliación que se hizo efectiva el 01 de febrero de 2020 y se encuentra vigente. Indica que a la demandante le es plenamente aplicable la prohibición establecida en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 al estar a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión de vejez. Sostiene que la elección libre y voluntaria de la demandante se materializó con la suscripción del formulario de afiliación como lo dispone el Decreto 1642 de 1995 y que la vinculación a esa administradora se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, proporcionándole a la demandante toda la información para que tomara la decisión consciente de afiliarse. Como excepciones de mérito propuso: *SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro - gastos de administración, buena fe y la genérica (ver contestación folios 3 a 15 del archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).*

Por auto del 9 de noviembre de 2022, el Juzgado integró como litisconsorte necesario de la parte demandada a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. (ver archivo 13 trámite de primera instancia del expediente digital).

Enterada de la demanda y corrido el traslado legal, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que a la demandante le es aplicable la

EXP. 35 2022 00201 01
Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Además, manifiesta que el formulario de afiliación No. 00943260 suscrito por la demandante el 8 de septiembre de 1997 con esa entidad evidencia su libre escogencia del RAIS luego de recibir información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, como se observa de la declaración escrita a la que se refiere el literal e) del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. En su defensa propuso como excepciones *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (ver contestación folios 2 a 22 del archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de julio de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Cinco (35) 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). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación del 8 de septiembre del 97 efectiva desde el 1º de noviembre del 97 por la señora GLORIA CECILIA PÉREZ FONSECA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, efectuado a través de la afiliación a la sociedad entonces llamada COLPATRIA hoy AFP PORVENIR. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE*

EXP. 35 2022 00201 01
Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a la SOCIEDAD SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante GLORIA CECILIA PÉREZ FONSECA como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubiesen causado. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR con motivo de la afiliación de la señora GLORIA CECILIA PÉREZ FONSECA como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubiesen causado. QUINTO: CONDENAR en COSTAS procesales a cargo de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, líquidense por Secretaría, incluyendo la suma de \$1.000.000 de pesos por concepto de agencias en derecho. SIN COSTAS para la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES y la AFP SKANDIA. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, se remitirá el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá Para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta” (Audiencia virtual, récord 1:11:33, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que la decisión no atiende el principio de inescindibilidad al no dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 el cual señala las consecuencias de la declaratoria de ineficacia ante la falta del deber de información. Sostiene que aceptar el traslado de la demandante al RPM contribuiría con la descapitalización del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás

EXP. 35 2022 00201 01

Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

afiliados, debido a que no cuenta con las reservas para asumir dicha obligación. Solicita se le autorice obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios por asumir la obligación pensional de la demandante y se ordene a PORVENIR y a SKANDIA no realizar deducciones por concepto de seguros previsionales. En caso de confirmarse la sentencia, pide al Tribunal abstenerse de imponer a su cargo el pago de costas pues es un tercero de buena fe que no intervino en el acto de traslado¹ (Audiencia virtual, récord 1:13:31, archivo No. 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de SKANDIA, solicita que se revoque la orden de trasladar las sumas de la aseguradora y los gastos de administración. Sostiene que cumplió con el deber legal de asegurar a la demandante contra los riesgos de invalidez y muerte a través de una aseguradora por lo que estos emolumentos nunca han estado en sus arcas y que la devolución de los rendimientos más los gastos de administración y las sumas por seguros previsionales causan un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y de Colpensiones, al beneficiarse de un trabajo que realizó la entidad. Pide en caso de

¹ “Gracias, señora juez y muy respetuosamente interpongo recurso de apelación frente a la sentencia emitida el día de hoy, efecto de que los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá se sirvan revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar se absuelva a mi representada de todos los cargos impuestos, teniendo en cuenta los siguientes argumentos, lo primero, señalar que no se atiende al principio inescindibilidad puesto que no da aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, las cuales señalan las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia a falta del deber de información como lo señala en la sentencia. Como segundo aspecto señalar que aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media contribuiría con la descapitalización del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados, pues téngase en cuenta que Colpensiones no tiene las previstas reservas dispuestas para asumir la obligación pensional de la demandante cuál sería la consecuencia de dicha declaratoria de ineficacia. Ahora bien, en gracia de discusión que se confirme la sentencia de primera instancia, ruego honorables magistrados en primera medida que se autorice al Colpensiones obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causen para resumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin Como segundo aspecto rogar, honorables magistrados que se ordenan a la AFP Skandia Y a la AFP porvenir, no realizar deducciones por conceptos de seguros previsionales tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que esto contribuiría con la descapitalización del sistema pensional Y como tercero, rogar honorables magistrados en caso de confirmar la sentencia de instancia, no se condene en costas a mi representada Colpensiones, toda vez que ha sido un tercero de buena fe que respetó la decisión libre, espontánea y voluntaria de la demandante de trasladarse de régimen pensional y permanecer allí por más de 22 años Por lo tanto, al ser Colpensiones un tercero de buena fe que respetó, que acató el ordenamiento jurídico ruego no sea condenada en costas o agencias en derecho, en ninguna de estas dejó así sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.”

EXP. 35 2022 00201 01

Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

confirmarse la decisión de primera instancia que se absuelva a la entidad de la devolución de tales sumas teniendo en cuenta que no fue el fondo que realizó el traslado y que cuando la demandante entró a la nómina de afiliados de SKANDIA, ya tenía 59 años² (Audiencia virtual, récord 1:17:09, archivo No. 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

² “Gracias, doctora, siendo la etapa procesal ser correspondiente, me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por tu despacho, teniendo en cuenta que se ordenó trasladar las sumas de la aseguradora y de la misma manera que los gastos de administración proporcional al tiempo de permanencia de la señora demandante hacia mi representada, sustento el recurso de apelación solicitándole muy respetuosamente a los del magistrados de Sala laboral de Bogotá revocar dichas condenas hacia mi representada teniendo en cuenta que en lo referente a los seguros previsionales, este emolumento que se adquiere a partir de la suscripción del formulario y vinculación que realizó la señora demandante, Skandia pensiones y cesantías para el año 2019. Nota claramente que en el deber legal viene establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, para tener a la señora Demandante Gloria Cecilia Pérez asegurada a dos riesgos uno que es invalidez y el otro que la sobrevivencia, mi representada no tendría por qué retornar esos monumentos en primer lugar honorables magistrados toda vez que no son administrados por Skandia pensiones y cesantías si no que esto se hace indirectamente o a través de una aseguradora para cubrir las contingencias de un contrato de aseguramiento para unos seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia luego entonces nunca han estado administrado dentro de las arcas de Skandia pensiones y cesantías lo cual acarrearía al retornarlos un detrimento propio a mi representada, teniendo en cuenta que Skandia ha venido actuando de buena fe y se le estaría causando un perjuicio económico y social, estaría desconociendo que cuando se afilió a la aseguradora la señora demandante a la asegura presentada, pues ella ya está imposibilitada al rato en el régimen de prima media con prestación definida mi representada cumplió con el deber legal que le imponía la ley de tenerla asegurada para dichos riesgos Lo cual se hace por una aseguradora al no sufrir ningún siniestro de ellos, pero quiere decir que no se cumplió con el deber legal que le asistía por mandato legal de la ley, sino solamente el artículo 22 en el artículo 13 habla de ello para tener la cubierta para dichas contingencias, los gastos de administración de seguros Previsionales tampoco sería dable retornarlos en atención a que dichos emolumentos son gestionados o dichos emolumentos son descontados, van encaminados prácticamente para la administración de la cuenta de ahorro individual de la señora demandante administración quiere decir que SKANDIA pensiones y cesantías realizó unas gestiones administrativas para incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual de esta y así mismo al momento de hacer la gestión administrativa se ve reflejada en la cuenta de la señora demandante en el presente fallo, no solamente están ordenado devolver eso, sino que también dice que se deben devolver todos los conceptos de los aportes frutos e intereses que se hayan causado, lo que se entiende que también se tiene que devolver dineros adicionales que se causaron por la buena administración que Skandia, pensiones y cesantías le hizo a cuenta de la señora demandante desde el año 2019 Si bien es cierto, las pretensiones de la demanda siempre van encaminadas a que se aclare, unificarse la afiliación y que el efecto es que las cosas vuelvan a su estado natural también lo es que no se puede desconocer que mi representada avenido actuando de buena fe y le dio unos dineros adicionales como fueron los rendimientos, los cuales si se ordenan trasladar dichos rendimientos y se le Ordena también trasladar los gastos de administración. Los seguros previsionales se le está causando un enriquecimiento sin justa causa de la señora demandante y a Colpensiones a la vez Porque es que se están beneficiando de un trabajo que realizó mi representada, en los cuales se deben retornar unos emolumentos adicionales a los aportes y los cuales adicionalmente se le ordena al fondo de pensiones que debe retornar dichos descuentos que realizó para administración de esa cuenta, por tal motivo, pues Colpensiones se benefició de los dineros adicionales Sí, gracias de discusión honorables magistrados consideran que se debe confirmar el fallo, le solicito muy respetuosamente evaluar la posibilidad de que Skandia no retornen ningún emolumento teniendo en cuenta,

EXP. 35 2022 00201 01
Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

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 vigor 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

pues que mi representada no fue quién es el traslado de régimen pensional y cuando entró la demandante a la nómina de afiliados, de Skandia ya contaba con 59 años de edad. Muchas gracias.”

EXP. 35 2022 00201 01

Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

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 Privado de Pensiones la demandante tenía 37³ años de edad y había cotizado 167,57⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 1 año y 6 días⁵), y para la fecha de presentación de la demanda había superado la edad de acceso al derecho pensional (tenía 62 años de edad- ver folio 04 del archivo 01 y archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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 al que

³ Nació el 06 de febrero de 1960.

⁴ Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folio 5 a 7 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁵ *Ibidem*.

EXP. 35 2022 00201 01

Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción⁶,⁷. Según dicho precedente los jueces *deben* 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 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, para la Corte: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias».*”

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”.*

EXP. 35 2022 00201 01
Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

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. 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 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) -según la Corte- 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 que se declare tal situación 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 PORVENIR S.A. (antes COLPATRIA) no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La

EXP. 35 2022 00201 01
Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, 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”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró para el año del traslado empezó a trabajar con el fondo asistencial del magisterio del Caquetá y dentro de los documentos de vinculación estaba el formato de afiliación, el cual suscribió sin recibir alguna asesoría o información sobre el funcionamiento del RAIS (Audiencia virtual del 14 de junio de 2023, archivo 28 del expediente digital, récord 18:00).

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”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que 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”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA y PORVENIR a reintegrar los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e

EXP. 35 2022 00201 01
Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

intereses y rendimientos, pero se adicionará para ordenar a esas administradoras –como quedó dicho en la parte motiva de la sentencia de primera instancia- que procedan a la devolución de los gastos de administración y montos de los seguros previsionales generados durante la afiliación con cada una de ellas, debidamente indexados (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 las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL 1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA.

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 35 2022 00201 01
Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a las AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, devolver los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, debidamente indexadas.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen 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.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de SKANDIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 35 2022 00201 01
Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado