

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE BERTHA LUCÍA DÍAZ ACACIO EN CONTRA DE COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN SA, DE LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. VINCULADAS: COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR SA, ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA Y AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veinticuatro (2024).

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 Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y COLFONDOS, contra la sentencia dictada el 5 de agosto de 2024 por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC. En ella se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones que perseguían la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Previo a resolver lo anterior, en relación con el memorial allegado por Porvenir SA el 13 de septiembre del año que corre en el que pretende la terminación del proceso en virtud de los efectos del artículo 76 de la Ley 2381 de 2024 (archivo 7 C02), ha de indicar la Sala que la terminación del proceso por “ausencia de objeto de la acción” no está prevista como una forma válida de finalización del proceso judicial declarativo laboral; y si lo que se aduce como

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

causa de terminación es un *desistimiento* o una *transacción* no se acreditaron los elementos que señalan los artículos los artículos 312 y 314 del CGP 314, pues el retiro de las pretensiones elevadas es facultad exclusiva de la parte demandante. Aunado a ello se advierte que el objeto de este proceso resulta incompatible con el párrafo del mencionado artículo 76 de la Ley 2381 de 2024 según el cual la AFP sigue administrando los valores contenidos en las cuentas de ahorro individual hasta que se consolide el derecho pensional, pues en este expediente se aspira a que tal gestión la haga COLPENSIONES de forma inmediata, por lo que entender las pretensiones bajo esos lineamientos normativos iría en contra de la voluntad expresada en la demanda.

En consecuencia, no se accederá a lo solicitado por el fondo privado y se procede a dictar la sentencia en los términos acordados.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, BERTHA LUCÍA DÍAZ ARGOTE presentó demanda en contra de COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare *ineficaz* su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de COLFONDOS SA el 1° de agosto de 1994, por faltar al deber profesional de brindar información. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR SA como actual AFP a restituir a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales y rendimientos causados; se condene a PROTECCIÓN SA y a COLFONDOS SA a anular las vinculaciones efectuadas y a remitir a COLPENSIONES cualquier valor obtenido con ocasión a sus vinculaciones; y se ordene a COLPENSIONES

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

recibir dichos valores y contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS para efectos de su pensión (folios 1 a 29 archivo 01 C01).

La demanda se admitió el 30 de junio de 2023 y los llamamientos en garantía el 13 de diciembre siguiente (archivos 3, 13 C01).

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

PORVENIR SA se opuso a las pretensiones. Alega que no se cumplen los presupuestos necesarios para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la demandante, todo lo contrario, se demostró que la afiliación se encontraba conforme a los servicios y beneficios brindados por el RAIS debido a que en ningún momento demostró inconformidad alguna. Expone que la decisión de traslado estuvo precedida de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna acerca de cada régimen pensional, sin que existan medios probatorios que permitan acreditar que el acto de traslado se encuentra viciado en el consentimiento; sin embargo, la demandante contaba con múltiples oportunidades para retornar al RPM y no las aprovechó. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó *prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (folios 2 a 26 archivo 6 C01).

COLPENSIONES también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que la demandante se afilió voluntariamente al RAIS al suscribir el formulario de afiliación, razón por la cual goza de la validez, y durante los 20 años que estuvo afiliada al RAIS no expresó inconformidad alguna ni alegó vicio del consentimiento o falla al deber de información al momento de realizar el acto jurídico de traslado. Presentó como excepciones de mérito las de *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e inexistencia del derecho* (folios 4 a 28 archivo 07 C01).

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

COLFONDOS se opuso igualmente a lo pretendido. Alega que los asesores del fondo brindaron asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones del traslado horizontal realizado por la demandante, razón por la cual no se puede concluir que el traslado es nulo; el acto de afiliación cumplió con todos los presupuestos de ley y el formulario contiene la firma de ella, donde expresamente manifestó no haber sido coaccionada de forma alguna, luego no hay razones para dejar sin efectos un acto válido que nació a la vida jurídica sin haberse expresado inconformidades ni haber regresado al RPM cuando le fue posible, aunado a que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra dentro de la prohibición del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó *prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, prescripción, compensación, pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora a COLFONDOS S.A* (folios 3 a 23 del archivo 08 C01).

PROTECCIÓN SA se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que el acto de traslado de régimen pensional que efectuó el demandante es completamente válido, existente, exento de vicios, y estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria exigible en el momento del traslado; informa que en la actualidad no administra dineros en nombre de la demandante pues dichas sumas ya fueron trasladadas el fondo respectivo y mientras los tuvo les dio la debida administración y destinación legal, así como a los gastos de administración, primas de seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sin que hubiera ejercido la posesión sobre los aportes recibidos por la demandante. Formuló las excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración o el*

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones (folios 3 a 25, archivo 9 C01).

Dentro del término de traslado, COLFONDOS SA formuló llamamiento en garantía frente a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA (folios 38 a 43 del archivo 08 C01), a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA SA (folios 90 a 95 *ibídem*) y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR SA (folios 142 a 147 *ídem*).

La llamada en garantía AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA SA contestó la demanda y el llamamiento con oposición. Argumentó que el acto de afiliación cumple con los requisitos de existencia y validez del artículo 11 del Decreto 692 de 1996; no existe obligación de reintegrarle al llamante en garantía la prima de seguro previsional debido a la celebración de un contrato de seguro y no hay relación entre los riesgos asegurados y la declaratoria de ineficacia, de lo contrario, habría un enriquecimiento sin justa causa por parte de COLFONDOS. Formuló en su defensa, las excepciones de mérito denominadas *inexistencia de vicio en el consentimiento que implique la declaratoria de la ineficacia de la nulidad o ineficacia del traslado del RPMD al RAIS, cumplimiento de los requisitos legales por parte de COLFONDOS SA para la afiliación de la demandante y se acogió a las excepciones planteadas por la entidad que formuló el llamamiento en garantía, improcedencia de restitución de prima y de obligación de indemnización a cargo de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA SA por la naturaleza del contrato de seguro, falta de coherencia entre el objeto del litigio y los riesgos asumidos en el contrato de seguro previsional y falta de legitimación en la causa por activa para formular el llamamiento en garantía* (folios 3 a 31 del archivo 15 C01).

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA se opuso a la demanda inicial y al llamamiento en garantía. Manifestó que no se ha configurado alguno de los riesgos amparados en el contrato de seguro, así que no se encuentra obligada a afectar las pólizas de seguro previsional; el responsable de restituir las

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

primas de seguros previsionales es COLFONDOS pues la aseguradora asumió la cobertura de los riesgos asegurados dentro del período de vigencia. Como excepciones de mérito se acogió a *las excepciones formuladas por la entidad que efectuó el llamamiento en garantía, afiliación libre y espontánea de BERTHA LUCÍA DÍAZ ACACIO al RAIS, error de derecho no vicia el consentimiento, prohibición del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, el traslado entre administradoras del RAIS denota la voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS y consigo se configura un acto de relacionamiento que presupone el conocimiento del funcionamiento de dicho régimen, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, buena fe, abuso del derecho por parte de COLFONDOS SA aun cuando tiene pleno conocimiento que no le asiste el derecho de obtener la devolución y/o restitución de la prima, inexistencia de la obligación de restitución de la prima de seguro previsional al estar debidamente devengada en razón del riesgo asumido, inexistencia de obligación por cuanto la prima debe pagarse con los recurso propios de la AFP cuando se declara la ineficacia de traslado, la inexistencia del acto de traslado no conlleva a la invalidez del contrato de seguro previsional, la eventual declaratoria de ineficacia del traslado no puede afectar a terceros de buena fe, falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional n.º 020900001, prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro, aplicación de las condiciones del seguro, cobro de lo no debido* (folios 4 a 40 del archivo 16 C01).

Finalmente, la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR SA se opuso a lo pretendido en la demanda y el llamamiento. Argumenta que no se probó una falla al deber de información ni se alegó alguna inconformidad al momento de suscribir el formulario de afiliación, razón por la cual el vicio se saneó por ratificación del demandante; los amparos que se cubren en las pólizas de seguro no abarcan la declaratoria e ineficacia, el contrato de seguro es independiente y autónomo a la relación contractual surgida con ocasión al acto

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

de afiliación de la demandante con COLFONDOS SA. Formuló las excepciones de mérito de *falta de legitimación en la causa por pasiva de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR SA, inexistencia de la obligación de devolución de valores pagados por COLFONDOS SA por concepto del seguro previsional, ausencia de cobertura del seguro previsional y de prueba de ocurrencia del siniestro en el mismo, condiciones especiales del contrato de seguro previsional, límite de responsabilidad de la aseguradora, aplicación de las normas que regulan el seguro previsional, buena fe, cobro de lo no debido, el riesgo se asumió y la prima se devengó, inexistencia de la obligación de cancelar indexación, intereses moratorios, costas o agencias en derecho, prescripción, coadyuvancia a las excepciones de fondo o mérito propuestas por COLFONDOS SA, improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad del traslado del RPM al RAIS, improcedencia de la declaración de ineficacia y/o nulidad del traslado del RPM al RAIS* (folios 3 a 22 del archivo 17 C01).

Terminó la primera instancia con sentencia del 5 de agosto de 2024 proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito de Bogotá DC, mediante la cual ABSOLVIÓ a las demandadas y a las llamadas en garantía de la pretensión relativa a la declarar 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 concluyó que la demandante estuvo vinculada laboralmente como asesora comercial con PORVENIR SA entre los años 2000 a 2018 y por ello se encontraba suficientemente informada acerca de las características de cada régimen pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS SA, PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA de todas y cada una de las pretensiones establecidas en la demanda. SEGUNDO. ABSOLVER a las llamadas en garantía claramente respecto de la solicitud de llamamiento en garantía realizada por COLFONDOS SA. TERCERO. COSTAS a cargo de la parte demandante a favor de las demandadas. CUARTO. COSTAS a cargo de*

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

COLFONDOS a favor de las llamadas en garantía. QUINTO. De no ser apelada la presente sentencia, se ordena el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, dado que las resultas del proceso pues son totalmente adversas a sus pretensiones.” (Récord 54:42, archivos 35, 36 C01).

RECURSOS DE APELACIÓN

El demandante pide que se revoque la totalidad de la sentencia. Afirma que la carga de la prueba respecto al cumplimiento deber de información la debe tener el fondo de pensiones dadas las negaciones indefinidas hechas en la demanda y conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil y la sentencia SU 107 de 2024; a pesar de que estuvo vinculada laboralmente por 18 años con Porvenir SA, ello se dio con posterioridad al traslado al RAIS, razón por la cual no se puede entender que estaba lo suficientemente ilustrada respecto de las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, aunado a que Colfondos no tenía una constancia de seguimiento frente a las asesorías, ni la capacitaron para hacerlas, motivo por el cual las ventajas que ella daba al momento de persuadir a los posibles afiliados, no tenían relación con temas pensionales, pues estaban relacionadas con descuentos en restaurantes y servicios de SPA por afiliarse al RAIS. En todo caso, la falla al deber de información en el traslado es insaneable, siendo irrelevante si laboró para Porvenir años después, debido a que su consentimiento se encontraba viciado y no produjo efecto alguno dicho acto¹ (Récord 55:42, archivo 35 C01).

¹ “Señores magistrados que si bien en principio la sentencia habla de la libertad de escogencia, del artículo 1604 el Código Civil respecto a la responsabilidad profesional del fondo de pensiones, en este caso Colfondos, de asesorar de manera profesional, adecuada, transparente a la demandante, sobre las diferencias entre regímenes pensionales y además de darse aplicación a la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, en realidad las está aplicando en este caso de manera equivocada, toda vez que es regla principal y fundamental, tanto en la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, el deber del juzgador de verificar si al momento del traslado del régimen pensional, la persona que se traslada fue realmente ilustrada o no respecto de las diferencias entre los regímenes pensionales y si tenía el conocimiento o no en este momento de las diferencias y las implicaciones del traslado. Sin embargo, el despacho no aplica esta regla jurisprudencial de verificar si al momento del traslado del acto jurídico, la demandante en este caso contaba con dicha información, y es que el juzgador decide tener en cuenta pruebas que él avizora como que la demandante tenía un conocimiento sobre temas pensionales por el solo hecho de haber trabajado en el fondo de pensiones Porvenir posteriormente a su afiliación. Entonces, señores

magistrados, tenemos en primer momento que Colfondos, que fue el fondo que trasladó a la demandante, no demuestra con ninguna prueba haber brindado dicha información y es en este momento en donde se debe verificar quién es el que tiene la carga de la prueba, si Colfondos o la demandante, y de conformidad con el artículo 1604 le compete a quien tenía la obligación de informar. Asimismo, de conformidad con el artículo 167 del CGP que define que quien tiene la carga es el que se encuentra con mejor posibilidad de aportarlas, es decir, Colfondos. Además de esto, se trata en negaciones indefinidas, lo cual hace que quien tenga que demostrar puede demostrar que sí brindó la información; Colfondos en su contestación afirma reiteradamente haberle brindado toda la información clara e integral, acerca de las características y el funcionamiento de las diferencias entre los regímenes, las ventajas y desventajas, la posibilidad de retractarse, etcétera, de manera que, no hay ninguna prueba que así lo haya podido demostrar Colfondos, quien tenía la carga de demostrar. Ahora si bien, la sentencia SU 107-2024 hace una modificación acerca de lo que la carga de la prueba, esta modificación claramente tiene que tenerse presente para determinar si el acto jurídico del traslado tuvo alguna validez o no, entonces en este caso, no se observa cómo tenga que invertirse, sino que quien tiene la carga de la prueba son los fondos de conformidad con el artículo 1604, no es que en realidad haya una inversión de la prueba hacia los demandantes, sino que lo que aquí hay, es un deber de información sí, por ejemplo, el afiliado era lego o no en la materia, se estudia el caso en particular, pero para ese momento la demandante no era una persona experta en la materia. Si se puede observar de las pruebas que se aportan al proceso, tales como la historia laboral, el formulario de Colfondos, se tiene que la demandante no había laborado en una entidad de pensiones además porque para el año 94 cuando ella se traslada, no existían los fondos de pensiones privados, además que durante todo su tiempo laboró en empresas dedicadas al comercio de carros, como Autolagos, Automotores Hyundai y Cohen; entonces, la demandante era lego en la materia y era Colfondos quien tenía que brindarle dicha información. Pareciera que lo que se requiere es castigar la posible negligencia de la demandante de no haberse devuelto a tiempo ya que trabajaba en un fondo de pensiones y tuvo mayor oportunidad que otros afiliados de haberse podido enterar, sobre las diferencias entre los regímenes pensionales y haberse devuelto; sin embargo, se debe tener presente que ni siquiera Porvenir demostró el formulario de afiliación, como tampoco el de Colfondos, y tampoco existe ninguna capacitación respecto de temas pensionales, específicamente de cada uno de los regímenes pensionales las diferencias entre cada uno de estos regímenes pensionales y se repite tampoco capacitaciones como lo señaló el Juez de instancia, no existe ninguna ilustración, no se observa ninguna prueba dentro del proceso que a la demandante se le haya brindado esa información, ni cómo afiliada ni como trabajadora, y es que debe tenerse también como un hecho notorio en la cantidad de demandas, que para nadie es un secreto que existen sobre este tema de ineficacia del régimen pensional, precisamente por la falta de información o asesoría que no brindaron los asesores, ni siquiera hay prueba dentro del plenario que a la demandante se le haya hecho un seguimiento, una revisión por parte de sus superiores acerca de las supuestas asesorías que hizo al momento de las vinculaciones, pues es que simplemente no hacía asesorías, tal como lo han mencionado numerosos demandantes, es que aquí la demandante fue muy clara al manifestar que es un modo de trabajar, era a través de las oficinas de Recursos Humanos de las empresas clientes, quienes la llamaban para que recogiera ciertos formularios o cuando las personas se quisieran cambiar, ella les hiciera las afiliaciones y su forma de atraer clientes era a través de ofrecerle los beneficios de los que ella hablaba del Grupo Aval, nunca sus funciones fueron de asesoría para ninguna, este fue el gancho para ella, no el traer esos clientes y brindarle una debida asesoría, nunca lo fue, lo que lo que hacía era ofrecerles los productos del Grupo Aval, y además de mencionar otros beneficios, tales como descuentos para restaurantes, SPA etcétera, de manera que no se entiende de dónde se desprende del material probatorio que la demandante hubiera tenido esa ilustración suficiente durante todo ese tiempo que duró laborando, máxime cuando se debe tener presente que la demandante trabajaba era por unas metas que si bien cumplió y que por ello duró 18 años trabajando en Porvenir, ello no significa que las cumpliera porque diera las asesorías, más bien todo lo contrario, cumplía sus metas porque no habla asesoría transparente que debieron haber dado estos fondos y se reitera, no existe ninguna prueba de seguimientos que se le hubieran hecho por parte Porvenir a las afiliaciones que hacía la demandante. Por último, la sentencia SL 61640 del año 2020 es un caso diferente al de la señora Bertha Lucía Díaz, toda vez que en esa sentencia es de el caso

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

COLFONDOS SA pide que se revoque la sentencia parcialmente para en su lugar se le absolver de la condena en costas del llamamiento en garantía. Alega que al momento de hacer los llamamientos en garantías para efectos de obtener la devolución de las primas de seguros previsionales todavía no estaba vigente la SU-107-2024 que dispone que no es procedente la devolución de dichos rubros² (Récord 1:10:36, archivo 35 C01).

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

de una persona que se auto asesoró y auto instruyó, diferente al caso de la demandante quien fue afiliada al fondo muchos años antes, es una situación muy diferente porque en el traslado en 1994 no tenía conocimiento en temas pensionales ni trabajaba en un fondo de pensiones. Solicito se aplique la sentencia SU107-2024 que señala que se deben aplicar normas del CGP y del CST respecto de la carga de la prueba, que en este caso la tiene el fondo de pensiones y, según el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cualquier forma atentatoria al derecho de elección, debe tener como consecuencia que dicho traslado es ineficaz porque se debe de verificar si el traslado estuvo o no en cumplimiento de los presupuestos para su eficacia, como el deber de información; entonces como no tuvo ningún efecto jurídico desde su nacimiento, dicho acto de traslado, no podría aplicarse como se hizo en este caso, al validar situaciones posteriores como el hecho de haber trabajado en Porvenir, toda vez que no era posible dar por subsanado ese acto, así que no produjo ningún efecto en la vida jurídica.”

² *“Me permito interponer recurso de apelación de manera respetuosa contra la providencia que acaba de proferir, con el fin de que el honorable Tribunal revoque de manera parcial la sentencia y en su lugar, absuelva a mi representada del pago de las costas teniendo en cuenta, que cuando se contestó la demanda y se hizo el llamamiento en garantía, pues estábamos ante una realidad completamente diferente. Ese cambio, se dio debido a la modulación del precedente jurisprudencial que hizo la Corte Constitucional en la sentencia SU 107-2024 y conforme con la variación que trajo ahora no es dable que los despachos ordenen la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales. Entonces queda sin fundamento, pero en el momento en el que se decidió llamar en garantía a las aseguradoras, la realidad jurisprudencial era otra y por eso se realizó el llamamiento en garantía y este se encontraba fundado en ese momento, porque los despachos siempre ordenaban devolver las primas y son las aseguradoras las que deben devolver estos rubros, ya que Colfondos nunca lo recibió. Por tal motivo, se solicita respetuosamente al Tribunal revocar la sentencia objeto de reproche y se insiste, en la viabilidad y la necesidad de que las llamadas en garantía, hagan parte del proceso para que sean estas las que asuman la responsabilidad de las primas de seguros.”*

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 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 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 (...)*”.

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones (el 14 de julio de 1994)³ la demandante tenía 28⁴ años de edad y había cotizado 186,71⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 3 años y 3 meses)⁶, y para la fecha de presentación de la demanda⁷ ya se encontraba dentro de la prohibición del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (tenía 56 años de edad - archivo 2 C01).

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 asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{8, 9}. Para

³ Historial de vinculaciones de Asofondos (folio 62 archivo 6, folio 33 archivo 8, folio 27 archivo 9 C01).

⁴ Nació el 3 de marzo de 1966 (folio 234 archivo 01 C01).

⁵ Historia laboral de Colpensiones y Porvenir (folios 240, 241, 253-270 archivo 1, folios 28-56 archivo 6, folios 257, 258, 870, 871, 878, 879 archivo 10 C01).

⁶ *Ibidem*

⁷ El 10 de marzo de 2023.

⁸ *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".

⁹ *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,*

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

la Corte, 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 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. 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,

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. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

(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).

En el mismo sentido se pronunció recientemente la Corte Constitucional, en la sentencia SU 107 de 2024, en la que dijo que *“coincide con la Corte Suprema de Justicia en el hecho de que no informar debidamente a los usuarios, conforme al estándar exigido por las normas vigentes al momento en que estos efectuaron su respectivo traslado, genera la ineficacia del mismo pues esa es la consecuencia jurídica que determina el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 a la práctica de obstruir (en este caso a través del ocultamiento de datos relevantes) el derecho a la libre elección entre regímenes”*.

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, para en su lugar declarar -en las mismas palabras usadas por la Corte- la *ineficacia* del traslado de régimen de la demandante, y dictar las condenas que corresponden con el criterio que en esta materia trazó la Corte Suprema de Justicia, pues COLFONDOS SA 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”*.

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*

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

y efectos negativos de esa decisión”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que en el año 1994, cuando se trasladó de régimen, trabajaba en una compañía llamada EVANS MAURICIO BERMÚDEZ QUINTANA a donde llegó una asesora de COLFONDOS que les dijo que se trasladaran y así que lo hizo sin haber recibido suficiente información en dicha reunión ya que no se mencionaron las diferencias ni ventajas entre los regímenes, ni le hablaron de la rentabilidad, ni de los aportes voluntarios, las modalidades de pensión del RAIS, ni de las características del mismo, solo le dijeron que el ISS se iba a acabar, y cuando se trasladó entre fondos tampoco le dieron asesoría alguna, se cambió porque sintió que era igual en uno y otro fondo, no vio diferencias, y en algunas ocasiones cuando cambió de empresa fue en recursos humanos donde hicieron el traslado sin reuniones con los asesores respectivos de cada fondo. Cuando laboró para Porvenir en los años 2000 a 2018 en el área comercial, su función era buscar clientes ofreciéndoles beneficios del Grupo Aval para créditos con tasas preferenciales y compra de cartera, descuentos en restaurantes y almacenes de cadena, SPA, cine, pero no tenía nada que ver con brindar asesorías pensionales porque eso lo manejaba el departamento encargado, solo hacía afiliaciones a pensiones a quienes querían acogerse a los mencionados beneficios cuando se trasladaban desde otros fondos. Sin embargo, nunca conoció las diferencias exactas o los beneficios que podría recibir en uno y otro régimen pensional (Récord. 14:40 audiencia virtual del 18 de junio de 2024 – archivos 27, 28 C01).

No sobra señalar que no se allegaron al plenario pruebas adicionales suficientes sobre el cumplimiento del deber de brindar información, hecho que no se acredita de la simple suscripción del formulario de afiliación, pues para la Corte Constitucional¹⁰ con dicho documento *per se* “no se demuestra el suministro de información”, y por tanto “no puede ser suficiente para absolver a las demandadas”. Aun si la demandante hubiese sido asesora comercial de la AFP PORVENIR SA desde el 16 de marzo de 2000 hasta el 15 de febrero de 2018 y de ello se pudiera derivar un indicio de conocimiento sobre ventajas

¹⁰ Sentencia CC SU107 de 2024

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

y desventajas de cada régimen pensional -indicio que no cabe a juicio del Tribunal- lo cierto es que habría tenido esa función 6 años después a su traslado del RPMPD al RAIS; y de todas formas en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte ello no eximía a la AFP COLFONDOS SA de cumplir con su deber de probar que brindó la información pertinente en el momento del traslado pues tal conducta, en la jurisprudencia de la Corte, resulta ser una actuación de naturaleza sustancial que se debía cumplir en ese momento para que el traslado pudiera configurarse, so pena de ineficacia (CSJ STL8990-2020).

Además, y en todo caso, en el caso presente no se podía presumir el conocimiento de la demandante sobre todas las condiciones, ventajas y desventajas del régimen por el que optó, de la eventual capacitación que hubiera recibido en estas materias por parte de su empleador, pues a pesar de haber sido requerida PORVENIR SA para que acreditará el contenido de las capacitaciones que hubiera dado a la demandante a lo largo de su vínculo laboral como asesora comercial (archivos 27, 28 C01), no allegó dicha información.

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 se puede entender como un *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; 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 (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Ahora, frente a las sumas que deben ser trasladadas a COLPENSIONES, la Corte Constitucional en la sentencia CC SU107 del 9 de abril de 2024

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

consideró “menester aclarar que materialmente a pesar de que se declare la ineficacia del traslado no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Así, tan solo es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, pues no toda la cotización es apta de traslado toda vez que el aporte se desglosa entre otros, en primas de seguros, gastos de administración, el porcentaje para el fondo de garantía mínima. Incluso, tampoco sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS y que implicaron beneficios tributarios a efectos de la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, pues se trata de una serie de situaciones que consolidaron”, dijo en conclusión que “ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional”.

Acatando el criterio anterior, el Tribunal declarará la ineficacia del traslado de la demandante y se condenará a la AFP PORVENIR SA –actual administradora de los aportes de la demandante- en la forma como lo definió la Corte Constitucional, a la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad incluyendo *cotizaciones, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado.*

Frente al llamamiento en garantía, se imparte absolución pues COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS no demostró la existencia de una relación sustancial con las aseguradoras llamadas en garantía (COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR SA, ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA y AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA SA) que imponga a estas el deber de pagar el valor de las primas de seguro que recibieron del fondo para cubrir los riesgos de invalidez o muerte de la afiliada.

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

Ello no se deduce del texto de las pólizas traídas al proceso (folios 64 a 86, 116 a 138, 189 a 304 archivo 8, folios 41 a 58 archivo 16, folios 68 a 82, 91 a 103 archivo 17 C01) en las que los beneficiarios son los afiliados al fondo de pensiones obligatorias y no la mencionada AFP demandada, y cuyo objeto – además- es diferente a lo aquí pretendido.

Así mismo, el Tribunal declarará que bien puede COLPENSIONES 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 de la primera instancia a cargo de los Fondos demandados y de la llamante en garantía, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, dado que este rubro queda a cargo de la parte vencida en juicio.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

- 1. REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
- 2. DECLARAR** la ineficacia del traslado de BERTHA LUCÍA DÍAZ ACACIO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
- 3. DECLARAR** que la demandante se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
- 4. CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. –actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante- a

EXP. 23 2023 00114 01

Bertha Lucía Díaz Acacio vs Colpensiones, Colfondos SA, Porvenir SA y otros.

trasladar los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro pensional de la demandante, incluyendo *cotizaciones, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado*, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

5. **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 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.
6. **ABSOLVER** a las llamadas en garantía de las pretensiones incoadas.
7. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS SA, PROTECCIÓN SA y PORVENIR SA y en favor de la demandante. En el llamamiento en garantía costas a cargo de COLFONDOS SA y a favor de la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR SA, ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA y de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA SA.
8. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada