

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JUAN CARLOS CARDOZO PEÑA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, Y LA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la última entidad, sobre la sentencia dictada el 25 de junio de 2020 por la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, 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 (ver folio 172 vto).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JUAN CARLOS CARDOZO PEÑA 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 nulidad del traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 10 de septiembre de 1999, con fundamento en que el fondo privado, mediante acoso sistemático y engaños, le ofreció beneficios superiores a los que podría obtener en el RPM, pero no le informó sobre los beneficios que perdería con el traslado de régimen. Como consecuencia de lo anterior pide que se retrotraigan las cosas a su estado anterior, se ordene a COLPENSIONES tener al demandante entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, y se le paguen intereses por la demora injustificada en la autorización de su retorno al RPM junto con la devolución de sus aportes a pensión, sumas que deben ser pagadas debidamente indexadas (ver demanda en folios 2 a 13 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado a PORVENIR, y no probaron causales de nulidad por vicios en el consentimiento (error, fuerza o dolo) en dicha afiliación, y advirtió que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, pues es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación dado que el desconocimiento de ley no sirve de excusa. Propuso como excepciones: *prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 64 a 68 del expediente).

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 la afiliación del demandante se realizó en cumplimiento de los requisitos normativos exigidos para la época en la cual se llevó a cabo la afiliación. Advirtió que el afiliado fue asesorado por un agente comercial de la AFP

HORIZONTE, hoy PORVENIR, quienes reciben permanentemente capacitaciones a fin de garantizar que se brinde una adecuada asesoría a los potenciales afiliados, y considera que no se puede tachar de falsa o engañosa la afirmación de que un afiliado puede lograr obtener una pensión más alta que la que obtendría en el RPM y a la edad que escoja, lo cual es posible en atención a la naturaleza del RAIS. Propuso como excepción previa la de *no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios*, y solicitó que se integrara la litis con el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, dado que en la cuenta de ahorro del demandante se encuentra acreditado bono pensional pagado por dicha entidad, el cual debe ser devuelto al emisor en caso de que prosperen las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 69 a 79).

Mediante auto del 18 de junio de 2019 la Juez de primera instancia dispuso la vinculación del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, en calidad de litisconsorte necesario (ver folio 121).

La NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por ser totalmente improcedentes frente a esta, pues no cumple funciones de administradora del Sistema General de Pensiones y no tiene competencia para decidir sobre solicitudes de reconocimiento y pago de derechos pensionales, por lo que pide ser desvinculada del proceso o absuelta de las pretensiones incoadas. Sobre el caso particular del demandante informó que como afiliado del RAIS tenía derecho a que la emisión de un Bono Pensional Tipo A modalidad 2, cuya redención tuvo lugar el 30 de octubre de

EXP. 08 2017 00505 01
Juan Carlos Cardozo Peña Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otro

2016 y pago se realizó mediante la Resolución No. 15931 del 21 de noviembre de 2016, y advirtió que COLPENSIONES pagó la parte del parte del bono que le correspondió como contribuyente mediante la Resolución No. 2016-0567 del 25 de noviembre de 2016. Además, señaló que la emisión del bono pensional solo procede cuando el beneficiario previamente haya manifestado por escrito a la AFP la aceptación de la liquidación de su bono pensional, y considera que en el evento en el que se accedan a las pretensiones de la parte actora, el actor o la AFP deben reintegrar a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y a COLPENSIONES, los valores reconocidos por concepto de bono pensional tipo A, reintegro que debe efectuarse debidamente actualizado desde la fecha de pago hasta la fecha en el que se haga el respectivo reintegro, de conformidad con lo establecido en el inciso 2°, artículo 17 del Decreto 3798 de 2003. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe, prescripción y la excepción genérica* (ver contestación en folios 128 a 138 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de junio de 2020, mediante la cual la Juez Octava (8ª) 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 resolutoria de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor JUAN CARLOS CARDOZO PEÑA realizado del régimen de prima media al RAIS, acaecido el 10 de septiembre de 1999 mediante su afiliación a HORIZONTE ahora PORVENIR por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional del señor JUAN CARLOS CARDOSO PEÑA. TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del señor JUAN CARLOS CARDOSO PEÑA, tales como cotizaciones, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de qué trata el artículo 1746 del Código Civil,*

aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR y que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor. QUINTO: CONDENAR a PORVENIR a devolver al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO las sumas que recibió en razón a la redención del bono tipo A emitido en favor del actor, monto que deberá ser indexado al momento del pago y una vez efectuado lo anterior el MINISTERIO DE HACIENDA y PORVENIR deberán adelantar los trámites administrativos correspondientes para la anulación del referido bono conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEXTO: sin condena en costas ante su no causación. SEPTIMO: como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES se remitirán las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor” (CD 1, audiencia virtual, hora 1, minuto 19:56).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que no se aportaron medios de convicción para demostrar que los asesores del fondo privado le brindaron información detallada al demandante para el momento del traslado, advirtiéndole que la carga probatoria de demostrar que se cumplió con el deber de información es de las AFP's, al margen de que se trate de una persona beneficiaria o no del régimen de transición. Adicionalmente, precisó que como consecuencia de la ineficacia se deben adelantar los trámites administrativos pertinentes para anular la emisión del bono pensional Tipo 1 redimido a favor del demandante, y dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de las sumas al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de PORVENIR S.A. pide que revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y se le absuelva de las

pretensiones incoadas. Afirma que lo que solicitó el actor fue la nulidad y no una ineficacia, lo cual traería consecuencias diferentes en uno u otro escenario, y sobre la materia considera que: (i) no procede la declaración de ineficacia con fundamento en lo establecido en el artículo 71 de la Ley 100 de 1993, pues esta opera tratándose de actos que impidan o atenten el derecho de afiliación al Sistema, es decir, conductas dolosas que no se alegan ni se acreditan; (ii) el formulario de afiliación es un documento suscrito por el demandante, en los términos definidos en la materia por la Superintendencia Financiera de Colombia, y que se presume auténtico en los términos del artículo 243 y 244 del CGP; y, (iii) de haberse presentado un vicio en el consentimiento, esto derivaría en una nulidad relativa susceptible de saneamiento a través de actos de ratificación, como el pago de aportes durante la vinculación y con el trámite de redención de su bono pensional. Además, advirtió que la obligación para los fondos de pensiones privados de documentar la asesoría brindada con los Decretos 1748 de 2014 y 2071 de 2015, y considera que no es procedente la devolución de los gastos de administración y todos los valores recibidos con destino a COLPENSIONES, pues estos descuentos se efectúan de conformidad con lo dispuestos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y se garantizó la cobertura del actor durante la vigencia de la póliza, por lo que solo sería procedente la devolución de los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado (CD 1, audiencia virtual, hora 1, minuto 21:54)¹.

¹ “Sí su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar recurso de apelación, para que el Honorable Tribunal, en su Sala Laboral, revoque parcialmente la sentencia proferida en primera instancia, en cuanto se refiere a los gastos de administración, toda vez que esta deducción del dinero en la cuenta de ahorro individual de la demandante se dio bajo una disposición legal, válida, exequible, aplicable y vigente, y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante. En el hipotético caso de que sea suma de que Protección no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a Colpensiones, no debe proceder entonces el traslado de los aportes de la demandante con todos los rendimientos generados, pues estos se dieron producto de la gestión y de la buena administración de mi representada durante el tiempo que estás tú afiliada. La única causa de los mismos fue la administración que se realizó y en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan a su estado anterior, por lo que no se debería trasladar los aportes que se encuentren acreditados y muchos menos gastos de administración, toda vez que estos se encuentran ya en la cuenta individual de la demandante. En ese sentido dejo presente el recurso de apelación para que el honorable tribunal revoque parcialmente la sentencia de primera instancia. Muchas gracias”.

Por su parte, el apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Manifestó su desacuerdo con la valoración probatoria que se hizo en primera instancia, pues la única exigencia normativa para la época en la que operó el traslado de régimen era la suscripción del formulario de afiliación, el cual en ningún momento fue desconocido o tachado por la parte demandante, por lo que considera que requerir documentación adicional, proyecciones pensionales o escenarios comparativos entre ambos regímenes pensionales, resulta una carga imposible de acreditar, y por el contrario, se debe presumir que si el demandante decidió el traslado de régimen y firmó la afiliación, fue porque estaba conforme con la información brindada. Además, advirtió que el demandante solicitó directamente a la AFP PORVENIR la redención del bono pensional, y para tal fin suscribió la historia laboral válida para bono pensional, lo que demuestra el interés del actor de permanecer afiliado en el RAIS, y de todas formas, estima que no se le causó ningún perjuicio al demandante con el traslado de régimen pensional, pues este no era beneficiario del régimen de transición (CD 3, audiencia virtual, hora 1, minuto 09:39)².

² *“Gracias señoría me permito presentar recurso apelación contra la sentencia proferida por su despacho para que lo resuelva la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, recurso que sustento en los siguientes argumentos: En primer lugar no comparto respetuosamente el análisis del material probatorio obrante dentro del proceso que realizó el despacho y que llevó a concluir que el traslado del demandante era ineficaz y por eso debía accederse a las pretensiones de la demanda, lo anterior teniendo en cuenta que indica la señora juez que Porvenir no aportó ningún elemento probatorio al proceso el cual se pudiera deducir que efectivamente había cumplido con sus obligaciones legales en cuanto al deber de información y de buen consejo, toda vez que únicamente se solicitó el interrogatorio de parte del demandante y que dicho interrogatorio no se logró obtener la confesión. Como lo manifesté en los alegatos, la única exigencia normativa que existía para el momento en que el actor efectuó el traslado de régimen pensional era la sola suscripción del respectivo formulario de vinculación que obra dentro del proceso y que en ningún momento fue desconocido ni tachado por la parte demandante. Como no existía obligación legal de documentar la asesoría ni de efectuar simulación ni proyecciones pensionales ni escenarios comparativos entre uno u otro régimen pensional, pretender que los fondos de pensiones algún elemento probatorio así no sea eminentemente documental, cómo lo indica la señora juez, resulta una carga imposible de acreditar toda vez que no se cuenta con ningún otro documento o ninguna otra prueba diferente al formulario de afiliación para demostrar la asesoría que tuvo el demandante, debe presumirse que si el demandante efectuó traslado de régimen pensional y suscribió dichos formularios era porque estaba conforme con la asesoría que se le había brindado (...) Por no haber efectuado algún tipo de registro escrito o no obtener algún soporte probatorio de la información (...) el despacho pasa por alto a mi juicio (...) que el demandante solicitó (...) Estaba concluyendo que el despacho había pasado por alto el hecho que el demandante solicitó directamente a la AFP Porvenir la redención del bono pensional y para tal fin suscribió la respectiva historia laboral válida para bono y de esa forma fue que el Ministerio de hacienda optó por redimir el bono y hacer el reconocimiento y pago del mismo conforme a la resolución que obra como documental en el expediente, lo mismo*

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).

sucedió con la cuota parte del Bono pensional que le correspondía al instituto de seguros sociales hoy Colpensiones y que también aparece relacionado con resolución de reconocimiento y pago en favor de la AFP Porvenir; A juicio de este apoderado dicha situación demuestra claramente el interés de permanencia del demandante en el régimen de ahorro individual porque de haber estado inconforme con su permanencia en dicho régimen no hubiese elevado la solicitud de redención del bono pensional y probablemente para hacer los trámites de reconocimiento pensional, bonos pensionales que fueron pagados desde noviembre del 2016, es decir más de 3 años dichos saldos se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante y a juicio de este apoderado era un hecho a tener en cuenta por la señora juez más allá de simplemente declarar la anulación del Bono y la obligación del fondo de pensiones de devolver los saldos a colpensiones y hacer el pago igualmente al Ministerio de hacienda. Debe tenerse en cuenta que de conformidad con los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, lo que debe verificarse es precisamente si con el acto de traslado género algún perjuicio cierto y determinado al afiliado y si hubo algún tipo de incumplimiento de las obligaciones legales por la administradora de pensiones al momento del traslado, y a juicio de este apoderado ni existió incumplimiento de las obligaciones por parte de la administradora ni en forma alguna se le causó algún perjuicio al demandante que no era beneficiario que no era beneficiario del régimen de transición. Finalmente queda claro en el interrogatorio de parte que la única inconformidad que tiene el demandante con su permanencia en el régimen de ahorro individual es el monto de la mesada pensional que va a recibir como afiliado de dicho régimen; no obstante dicha situación en ningún momento ha sido establecida por los precedentes de la corte como causal suficiente para pretender que se anule o se declara ineficaz un traslado de régimen pensional toda vez que el monto de la mesada pensional en cada uno de los regímenes es el resultado del manejo administrativo y financiero que cada uno de ellos tienen y en forma alguna es una situación imputable a las administradoras de pensiones o que debería considerarse para efectos de la validez y del traslado, mucho menos en el caso de un afiliado que lleva más de 20 años como afiliados del régimen de ahorro individual y únicamente pretende su retorno al régimen de prima media para beneficiarse de una mesada pensional superior a la que le correspondería de estar afiliado al régimen pensional al cual lleva vinculado en los últimos años. Por esa base, señorita solicitó a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá revoque íntegramente el fallo proferido por este despacho y en su lugar absuelva a Colpensiones de las condenas impuestas. Gracias”

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 44 años de edad y había cotizado 509.14 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 4 años, 6 meses y 4 días)⁴; y para la fecha

³ Ver las historias laborales de COLPENSIONES obrante en folios 23, 24 y 61 a 63 del expediente, aportadas por la parte actora y por COLPENSIONES.

⁴ *Ibidem*.

EXP. 08 2017 00505 01
Juan Carlos Cardozo Peña Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otro

de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad de pensión (tenía 62 años de edad – ver folios 15 y 45).

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 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 información al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica,*

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 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".*

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, 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 (dada la fusión por absorción de la AFP HORIZONTE), no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. No se demuestra lo contrario con el interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues en dicha diligencia indicó que recibió la visita de una agente comercial de la AFP HORIZONTE en el lugar en el que laboraba, quien le indicó que el ISS se iba a acabar y que en dicho fondo iba a recibir, en el peor de los casos, una mesada de igual valor a la que podría dar COLPENSIONES, y que se podría pensionar más joven (CD 1, audiencia virtual, minuto 22:00).

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”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la permanencia del actor en el RAIS, o con la redención y pago del bono pensional que efectuaron las entidades competentes para el momento en que el actor llegó a la edad normal de redención en el año 2016 (ver folios 143 a 145). También se debe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST) bien podía estudiar la controversia bajo la institución de la ineficacia, pues además de que dicha categoría comprende el fenómeno de la nulidad⁷, los hechos debatidos y controvertidos en el proceso (la omisión en el deber de información) sustentan la declaración que hizo.

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, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de

⁷ La ineficacia agrupa los fenómenos de inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad (ver sentencia C-345 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo).

EXP. 08 2017 00505 01
Juan Carlos Cardozo Peña Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otro

noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). 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 y apelación a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión 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 incurrió el fondo de pensiones, y para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, de ser el caso, la devolución de la cuota parte representada en el cupón de bono pensional en caso de que haya pagado suma alguna a favor del actor por dicho concepto, en calidad de contribuyente del bono pensional, dada la consecuente anulación del bono tipo A de conformidad con lo establecido en el inciso 2, artículo 2.2.16.7.18 del Decreto 1833 de 2016, y que en la sentencia de primera instancia se dispuso la devolución del valor del bono a su emisor, la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Esto no quedará en la parte resolutive de la decisión, pues además de que no fue objeto de apelación, no se aportó prueba o Resolución que soporte el pago de dicha cuota por parte de COLPENSIONES (ver datos del cupón a folio 144 vto).

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

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

EXP. 08 2017 00505 01
Juan Carlos Cardozo Peña Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otro

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **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.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



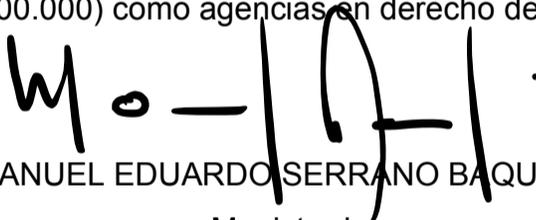
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE 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 GILMA RUBIELA LONDOÑO GANEM CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de octubre de dos mil veinte (2020)

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 el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, sobre la sentencia dictada el 2 de julio de 2020 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá.

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 (ver folio 138 vto).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GILMA RUBIELA LONDOÑO GANEM 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 nulidad e ineficacia del traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 1° de mayo de 1997, con fundamento en que el fondo privado omitió en la etapa precontractual brindar información acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, de conformidad con la situación personal y concreta de la demandante, el formulario de traslado fue diligenciado un día festivo, y no se registraron los beneficiarios de la afiliada, por lo que no se cumplen los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994. Como consecuencia de lo anterior pide que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se le ordene a COLPENSIONES que tenga a GILMA RUBIELA LONDOÑO GANEM como afiliada en el RPM, como si nunca se hubiera trasladado de régimen pensional (ver demanda en las páginas 2 a 10 del expediente).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen se hizo en cumplimiento de todos los lineamientos legales establecidos para perfeccionar dicho acto jurídico y la demandante no se encontraba en alguna prohibición legal para efectuar su traslado. Considera que no se demostró omisión de información o engaño que de lugar a la nulidad reclamada, más aún en el caso de la demandante, quien ratificó su voluntad de vinculación en el RAIS con traslados posteriores. Además, advierte que no es procedente aplicar la teoría de inversión de la carga de la prueba, pues se trata de situaciones que tuvieron ocurrencia hace 15 años, y que no se puede aplicar la jurisprudencia trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, pues los supuestos fácticos son diferentes. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, falta de cuasa para pedir e inexistencia de las obligaciones de las demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 67 a 73 del expediente).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderado. Se opuso a la

prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el origen de la inconformidad de la demandante es el valor de la mesada que recibiría en cada uno de los regímenes, pero no la existencia de vicios en el consentimiento que prestó para el momento del traslado, por lo que considera que su intención es aprovecharse de los beneficios y dineros de los afiliados que pertenecen al fondo común de pensiones. Además, advirtió que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió escenarios en los que el cambio de régimen sí resultaba gravoso a los afiliados, pues eran beneficiarios del régimen de transición y estaban muy cerca de cumplir los requisitos para obtener la pensión en el RPM, lo que no ocurre en el caso bajo estudio, por lo que de presentar una falta de información, esta no tendría identidad suficiente para configurar el engaño e invalidar el traslado. De forma subsidiaria pide que se le absuelva del pago de costas y agencias en derecho, pues COLPENSIONES no incumplió con sus obligaciones legales. Propuso como excepciones: *buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 folio 97 a 107 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 2 de julio de 2020, mediante la cual la Juez Veintiocho (28) 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 nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por la señora GILMA RUBIELA LONDOÑO GANEM al régimen de ahorro individual con solidaridad con fecha 1º de mayo de 1997, por intermedio de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en consecuencia, DECLARAR como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, todo*

EXP. 28 2018 00499 01
Gilma Rubiela Londoño Ganem Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otra

conforme a las consideraciones dadas en esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora GILMA RUBIELA LONDOÑO GANEM quien se identifica con la cédula de ciudadanía 34.975.524 a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que active la afiliación de la aquí demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral. CUARTO: DECLARAR NO PROBADOS los medios exceptivos propuestos por las entidades demandadas. QUINTO: las COSTAS de esta instancia estarán a cargo de las administradoras demandadas señalándose como agencias en derecho la suma de \$700.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora. SEXTO: en caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá CONSULTAR con el Superior por resultarle adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES” (CD 3, audiencia virtual, minuto 32:05).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que no se aportaron los medios de convicción para demostrar que el fondo privado demandado brindó información a la demandante sobre las implicaciones del traslado, y sobre las ventajas, desventajas y beneficios de ambos regímenes pensionales, para que su consentimiento estuviera debidamente informado, y advirtió que para el efecto no es suficiente la suscripción del formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, con fundamento en que se ratificó la

validez del acto lo que perfeccionó cualquier ineficacia por el tiempo transcurrido desde traslado de régimen, de conformidad con lo establecido en el artículo 898 del Código de Comercio. De forma subsidiaria pide que se revoque la condena al pago de costas procesales, pues la controversia se presentó entre la AFP y la demandante, y a cargo de COLPENSIONES solo recae una obligación de activar y recibir la afiliación de la actora (CD 3, audiencia virtual, minuto 34:19)¹.

Por su parte, la apoderada de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia y de forma subsidiaria que se revoque la condena a devolver los gastos de administración y las primas de seguro. Afirma que la demandante decidió su traslado de régimen en el año 1997 de forma libre, voluntaria y sin presiones, y suscribió para el efecto el formulario de afiliación, cumpliendo las exigencias establecidas en las normas legales vigentes para la época, y advirtió que la obligación de explicar a los potenciales beneficiarios las consecuencias del traslado surgió con la expedición del Decreto 2071 de 2015. Adicionalmente, considera que la demandante ratificó su voluntad de afiliación en el RAIS con los posteriores traslados horizontales que efectuó, y con su permanencia durante más de 20 años en dicho régimen, tiempo durante el cual no solicitó información alguna, y señala que dado que se trata de una profesional del derecho que se ha desempeñado como fiscal, tenía la posibilidad de conocer las implicaciones del traslado y permanencia en el RAIS. Sobre la devolución de los gastos de administración y primas de seguro aduce que el fondo privado cumplió con sus obligaciones en la

¹ “Señor Juez, me permito interponer recurso de alzada solicitándole al ad quem revocar la presente sentencia proferida ... a mi representada encontrándose por parte del suscrito y siendo valorado el presente proceso bajo sus particulares que existe, que operó el fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto ineficaz con ocasión a la sentencia SL 1413 del 2018 Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas e igualmente, con el artículo 898 del Código de Comercio en cuanto con ocasión al tiempo que ha pasado desde que la parte actora hizo el traslado se entiende este como una ratificación expresa de hacer parte del mismo régimen e igualmente, siendo analizado el presente proceso desde el Código Civil respecto de la nulidad pues tenemos que igualmente de acuerdo al artículo 1.752 y 1.754 se evidencia una ratificación expresa o tácita que sana el vicio del contrato si se hiciera el análisis de esta óptica, igualmente solicito que sea confirmando el fallo solicito que sea absuelta en costas en cuanto mi representada propuso excepciones con ocasión en derecho pues al artículo 13 de la Ley 100 del 93 y no propuso excepciones que no tengan nada que ver con el presente proceso teniendo en cuenta que la presente Litis se centra entre la AFP y la parte actora y sobre mi representada solo recae una obligación de activar y recibir a la parte actora”.

administración de los aportes de la demandante, y trasladaron los valores para garantizar la cobertura de la demandante a los riesgos de invalidez y muerte durante toda la vinculación (CD 3, audiencia virtual, minuto 36:01)².

² “Gracias señora Juez, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente interpongo el recurso de apelación y lo sustento en los siguientes términos. Mi representada se aparta de la posición expuesta por el despacho según la cual se determinó ... de la afiliación de la demandante, de la demandada perdón, del régimen pensional de la demandante del año 997, esto por cuanto contrario a lo que considera el despacho evidenciamos que en este caso la decisión tomada por la demandante se hizo de forma consciente, espontánea y sin presiones o apremios con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha que se produjo, esto es, antes de tomar la decisión recibió información suficiente, veraz sobre las implicaciones, además suscribió el formulario de solicitud de vinculación que cumplía con los requisitos de ley que fue aprobado por la Superintendencia Bancaria, y llama la atención que el despacho, pues el Tribunal si revisa el formulario de afiliación se puede establecer que la letra que fue diligenciado por la demandante en atención a la letra que se evidencia en el mismo, así mismo pues se cumplieron con las exigencias para tal efecto. Esa expresión de la voluntad que la demandante manifestó a través del formulario de afiliación no puede ser considerada como un mero requisito formal o una manifestación vacía sin ningún tipo de consecuencia, como juicio de esta apoderada pues en cuenta por el despacho y tampoco pueden ser desconocidos los efectos que produce la circunstancia precisamente de que conste en el formulario de afiliación pues previamente pre impreso no le resta a lo manifestado por parte de la demandante ninguna validez ya que corresponde a una expresión inequívoca de su voluntad. Adicionalmente pues debe tenerse en cuenta que Porvenir cumplió con todas las obligaciones que estaban a su cargo al momento de la afiliación de conformidad con la normatividad vigente, esto es, la establecida en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 mediante las cuales no se establecía pues el deber de información alegado por la parte actora y además pues si o considerado como necesario por el despacho al emitir la sentencia, puesto que la explicación, la obligación de explicar a los potenciales afiliados las consecuencias del traslado surgió con posterior a ser con el Decreto 2071 del 2015. De igual forma pues y acorde con lo que incluso manifestó el apoderado de Colpensiones, debe tenerse en cuenta que acá existe una ratificación, una manifestación de voluntad de la accionante de permanecer en el RAIS pues de conformidad con el tiempo que permaneció en el mismo y además con los traslados horizontales que efectuó y, es claro como además establece en el escrito de demanda que su motivación para retornar al régimen de prima media es de naturaleza económica lo cual de ninguna manera puede conllevar a la ineficacia del traslado del régimen pensional. Además, debe tenerse en cuenta que en cabeza de la demandante también estaba el deber de información, quien estuvo en condiciones de conocer las implicaciones de su decisión y es que ella no permaneció sólo un mes sino que lleva más de veinte años afiliada al RAIS, esto también, la posibilidad de validar la información, de solicitar cálculos actuariales en el momento en que lo considerara pertinente y se aparta mi representada de la manifestación del despacho según la cual el hecho de no existir soporte de un cálculo pensional para el momento del traslado conlleva necesariamente a la ineficacia, en esa medida pues debe tenerse en cuenta que para el momento en que la demandante hace el traslado pues no se cuenta con las características propias para efectos de establecer cuál podía ser el valor de su mesada pensional a futuro, entonces, esta circunstancia pues tampoco puede ser tenida en cuenta para efectos de la declaración de la ineficacia. Aunado a ello debe tenerse en cuenta el tema de los gastos de administración y los seguros que ordena en este caso reintegrar o devolver Porvenir a favor de Colpensiones como consecuencia de la ineficacia, de ello por cuanto debe ser considerado por parte del Tribunal que en el régimen de ahorro individual pues los afiliados tienen el deber, los afiliados realizan su aporte y de esto una parte va con destino a gastos de administración, a la prima de los seguros y a los seguros de invalidez y sobreviviente, en ese caso no se puede desconocer de ninguna manera como a juicio de esta apoderada y ajuició el despacho que mi representada cumplió con las obligaciones derivadas de la administración de los aportes obligatorios de la demandante, los cuales incluso le generaron rendimientos como se puede evidenciar en el estado de cuenta que obra en el expediente y en esa medida, se cumplió con

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*

la finalidad del encargo de garantizar la seguridad y rentabilidad de los recursos, razón por la cual no puede ser desconocida dicha gestión mediante la condena al pago de este concepto como se estableció en la sentencia pues ello implica pasar por alto la gestión de la administradora cuando de manera contradictoria se está disponiendo la devolución de los rendimientos con destino a Colpensiones, así mismo, en lo que corresponde al porcentaje de los aportes con destino a los seguros de invalidez y sobrevivencia, debe tenerse en cuenta que estos dineros fueron trasladados a las respectivas aseguradoras contratadas por mi representada y con los cuales la demandante tuvo cobertura durante toda la afiliación frente a los riesgos de invalidez y muerte, es decir, que se cumplió con la finalidad establecida por la ley por lo que no es pertinente ordenar la devolución de dichos montos. Ahora, no puede desconocerse que incluso si la demandante hubiese permanecido afiliada en Colpensiones, en este régimen también hay un porcentaje de la cotización que se destina a gastos de administración y a primas de seguros de invalidez y sobrevivencia, entonces, en atención a la igualdad de condiciones no puede desconocerse la gestión que hizo mi representada durante todo el tiempo de la afiliación y considero pues que la aplicación o esos descuentos deben ser totalmente respetados dado que pues se cumplió con la finalidad de la administración y durante pues todo este tiempo Colpensiones pues no ha administrado los recursos de la demandante, entonces, pues en esos términos, bueno ya para terminar, también es importante señalar que considera mi representada porque acá se desconoció también que la demandante tuvo unas condiciones personales y profesionales que implican también el conocimiento respecto de las implicaciones y del sistema pues no puede desconocerse que de conformidad con la información que obra en el plenario se puede identificar que ella es abogada y que inclusive estuvo desempeñándose como fiscal durante varios años, en estos términos señora Juez pues dejo por sentado el recurso de apelación y solicito al Tribunal se revoque la sentencia de primera instancia”.

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 33 años de edad y había cotizado 89.57 semanas³; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tiene ninguna semana cotizada⁴; y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

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

³ Ver historia válida para bono pensional obrante en folios 92 y 93 del expediente.

⁴ *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^{5 6}, 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 información 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*

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 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”*.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, 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 (dada la fusión por absorción de la AFP HORIZONTE) no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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 “*saneamiento*” la ratificación de la actora por el paso del tiempo, o por posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 1 de mayo de 1997 a HORIZONTE, posteriormente se trasladó a PORVENIR SA el 30 de julio de 2001, retornó a la AFP HORIZONTE, hoy PORVEINR el 13 de junio de 2002 – ver formularios de afiliación a folios 15 a 17, e historial de afiliaciones SIAFP obrante a folio 75 del plenario).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandada la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la demandante, como aportes, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). 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 condena en costas a COLPENSIONES, 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, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver folios 97 a 107).

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le

EXP. 28 2018 00499 01
Gilma Rubiela Londoño Ganem Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

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.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

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. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **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.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 28 2018 00499 01
Gilma Rubiela Londoño Ganem Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

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

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, followed by a period.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado