



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 001 2022 00328 01

Luis Hernando Acuña Barrera vs. Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.
Y Administradora colombiana de Pensiones, Colpensiones

Bogotá D. C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor, sobre los puntos no apelados de la sentencia condenatoria proferida el 21 de julio de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los magistrados, y conforme, a los términos acordados en la Sala de decisión, se profiere la siguiente,

Sentencia

Antecedentes

1.- Demanda: Luis Hernando Acuña Barrera promovió proceso ordinario laboral contra, **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, con el fin de que se declare la ineficacia de su afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que nunca se trasladó al RAIS y por lo tanto siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en consecuencia, solicita que se condene a Protección a devolver al demandante a Colpensiones, junto con todos los valores recibidos por la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, frutos, intereses, rendimientos y gastos de administración, costas y lo *ultra y extra petita*.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que el demandante nació el 11 de marzo de 1961; se afilió al extinto ISS el 3 de enero de 1983, que a la vigencia de la Ley 100 de 1993 estaba afiliado al RPM, hasta el 17 de enero de 2000 cuando se trasladó a Protección, Pensiones y Cesantías, data en la cual suscribió el formulario de vinculación, porque los asesores de la AFP le dijeron que era su mejor opción trasladarse, porque el ISS **“iba a quebrar por sus malos manejos”**, que iba a liquidarse y a perder sus aportes y tiempo cotizado, aduce que las ventajas informadas eran atractivas y mejores en comparación con el ISS, que nunca estuvo consciente de las implicaciones que le acarrearía el traslado del régimen pensional.

Informa que actualmente está vinculado con Protección Pensiones y Cesantías S.A., siempre firmó los formularios a dicha AFP convencido que era su mejor alternativa pensional, creyendo que la información suministrada por los asesores fue correcta, proveniente de entidad especializada, pero luego de un tiempo pidió a Protección información sobre su pensión de vejez y mediante correo de 29 de junio de 2022, le informó que su capital ahorrado en su cuenta individual es de \$207.480.645, que le permite obtener una pensión de garantía mínima a los 62 años, en la cuantía de 1 SMLV, sintiéndose defraudado y engañado por las promesas ofrecidas, que fueron mentirosas, desproporcionadas e injustas.

Aduce que el 1º de julio de 2022 pidió a Protección y a Colpensiones, Seccional Zipaquirá, la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de la afiliación, señala que Colpensiones; con oficio radicado No. BZ2022-8999801-1956153 de 01 de julio de 2022 negó su solicitud, y Protección en correo electrónico de 26 de agosto de la misma anualidad también le negó la solicitud de declarar la ineficacia y/o nulidad de su traslado, expone que sumados los tiempos cotizados en ambas administradoras cuenta con un total de 1651,86 semanas hasta abril de 2022; que su pensión, de acuerdo a su IBC de los últimos 10 años es de \$4.313.467, que por el número de semanas hasta marzo de 2022 con una tasa de remplazo del 73.85% su pensión ascendería en el régimen de prima media con prestación definida en un valor aproximado de \$3.185.495.36 calculada para el año 2022.

Insiste en que la AFP Protección, Pensiones y Cesantías omitió darle la información completa, la proyección, no le explicaron sobre el capital necesario suficiente para su prestación, no le dijeron que el mayor valor pensional era bajo la



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

modalidad del retiro programado, que los rendimientos del capital podrían disminuir, incluso ser temporal, considera que como no se le ofreció la proyección de la pensión, no tomó una decisión informada e imparcial para el traslado, que dicha información fue irreal y mentirosa lesionándosele el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, como tampoco le dijeron acerca del riesgo y posibles consecuencias que le generaría el traslado, o para que no lo tramitara, dice que la afiliación ocurrió con base en engaños y con ausencia de información de las implicaciones del cambio de régimen; añade que solicitó a Colpensiones activar su afiliación pensional en dicho régimen, pero recibió una respuesta negativa. (PDF. 01 Demanda y Anexos).

2. La demanda se admitió por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá el 17 de noviembre de 2022, ordenándose la notificación y traslado de rigor.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que no obra en el expediente prueba que se le hubiese hecho incurrir al demandante en error por falta de información de la AFP o estar en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) que en las solicitudes no aparece nota de protesto o alguna otra que permita inferir la inconformidad de la accionante, o que se observa fue que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, por ende no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, entonces no hay lugar a que se ordene a Protección que haga las devoluciones pedidas por el demandante en favor de Colpensiones, añade que cuando el accionante pidió a Colpensiones su retorno contaba con 61 años de edad, estaba dentro de la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, como tampoco cumple las condiciones de la sentencia SU-130 DE 2013, ya que no uso del derecho de retracto y al 1º de abril d 1994 no se encontraba como beneficiaria del régimen de transición pues contaba con 33 años de edad y no tenía la densidad de semanas o tiempo de servicio para regresar al RPM en cualquier tiempo. En su defensa propuso las excepciones de mérito de Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, Saneamiento



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

de la nulidad alegada, No configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (pdf 06).

3.2. Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Adujo que el contrato de afiliación con el demandante fue válido y produjo efectos jurídicos, que al demandante no se le ocultó información, que los asesores estaban capacitados para suministrarle orientación en cuanto a sus inquietudes respecto al RAIS y el actor tomó la decisión libre, espontánea e informada de trasladarse a Protección. En su defensa formuló las excepciones de mérito de Validez de la Afiliación a Protección, buena fe, Inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, y la innominada o genérica. (pdf 10).

3.3. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardo silencio.

4. Mediante auto de 9 de marzo de 2023, se tuvo por contestada la demanda Por parte de Colpensiones y Protección S.A. y por no contestada por la vinculada Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (pdf 12).

5. Sentencia de primera instancia.

La titular del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia proferida el 21 de julio de 2023, resolvió declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que se dio por parte del señor LUIS HERNANDO ACUÑA BARRERA, en consecuencia se condena a Colpensiones a recibir como afiliado al aquí demandante, se condena a Protección a restituir en favor de Colpensiones los gastos de administración, los rendimientos y el saldo de la cuenta pensional del aquí demandante, y se abstiene de condenar en costas y agencias en derecho.

En lo fundamental, en cuanto a la ineficacia del traslado del RPM al de ahorro individual, señala que el demandante está vinculado a Protección, donde tiene su cuenta pensional, señala que prosperan las pretensiones de la demanda, de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, plasmada en



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

sentencia SL 19447 DE 2017, (deber de información), que aquí no se probó el deber de información por parte de Protección para que el demandante se trasladara al fondo conociendo la información suficiente, lo que no está claro, tampoco se abre paso la excepción de prescripción, toda vez que ya la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688 Y SL 1689 de 2019, señaló que esta acción es imprescriptible, agrega que al no haberse acreditado ese deber de información al momento de la afiliación ni posteriormente, con base en los precedentes jurisprudenciales debe declararse la ineficacia del traslado, por lo que, Colpensiones debe recibir a la demandante y al efecto condena a Protección para que además de los aportes de la cuenta pensional devuelva los gastos de administración y rendimientos que obren en la cuenta pensional, y Colpensiones debe asumir al actor como afiliado al régimen de pensiones y debe asumirlo de manera directa y obviamente recibir los saldos que debe girar protección y se abstiene de condenar en costas a las demandadas.

6.- Recurso de apelación de Colpensiones. Inconforme con la decisión la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, interpuso recurso de apelación, bajo la siguiente sustentación:

“(...) me permito interponer el recurso de apelación contra la presente providencia, teniendo como fundamento lo siguiente. Como primer punto tenemos que en el presente caso al momento de la solicitud del retorno al RPM el demandante en una prohibición legal descrita en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaran 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Como segundo punto tenemos que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre con claridad que estemos en presencia de un vicio el consentimiento consagrado en el artículo 1740 del código civil, ahora bien, no nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto, y lo condena a su anulación o rescisión judicial, debe igualmente tenerse en cuenta que en el presente caso existió ratificación expresa o tácita que sana el presunto vicio del contrato, en el presente asunto el demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que el demandante durante todo este tiempo ha consentido en que se le hagan los descuentos respectivos con destino a su ahorro individual, como tercer punto respecto a la carga de la prueba tenemos que en el presente caso no existe prueba que permita acreditar sin duda alguna si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, en el presente caso se torna imposible



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

probar hechos ocurridos en el año 2000, es decir hace más de 23 años, por lo tanto es totalmente aplicable el precepto que reza que nadie está obligado a lo imposible, el cuarto punto respecto al deber de información tenemos que el precedente de la Corte Suprema que se utiliza como norma para la aplicación del deber de información es el Decreto 663 de 1993, sin embargo este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2011 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario y sin presiones e informado del asentimiento de la actividad respecto del traslado por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y el año 2014 no exigía nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso del actor el cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado en el año 2000, imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica y basa la decisiones de los jueces en supuestos, si bien el fondo privado informar de manera suficiente al actor, esto no lo exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrar la escogencia de su régimen pensional, de la cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez, como tampoco lo sustraía de la aplicación de la ley, como quinto punto tenemos lo que refiere a la descapitalización del sistema, es así como en sentencia C-21024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 132 de 2013 la Corte Constitucional en materia de traslados manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado al RPM al Rais afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados...”.

7.- Alegatos de conclusión.

7.1. La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, expresa que no desconoce el criterio actual de la Corte Suprema de Justicia frente a las nulidades e ineficacias de los traslados, pero que se aleja de esa postura, reitera sobre la prohibición legal de retornar la demandante al RPM por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, que no se presentaron vicios del consentimiento, que quien tenía la carga de la prueba del vicio del consentimiento, de haberse presentado, era el demandante, se cumplió con el deber de información e imponer otras cargas constituye un quebranto a la seguridad jurídica, aunado a que con el traslado se descapitaliza el sistema, agrega que de no revocarse la decisión, subsidiariamente se condicione el retorno del actor a la devolución de todas las sumas que estén en su cuenta, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al FGPM y gastos de administración y los demás a que haya lugar, indexados por el



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

interregno que el demandante estuvo en el IAS, dado que Colpensiones no puede dar cumplimiento a la sentencia hasta que la AFP reintegre todos los recursos y actualice los datos de la (sic) demandante en la respectiva base de datos y no se condene en costas a Colpensiones, pues no participó en el acto ineficaz o nulo ocasionado entre partes ajenas a la ella. (pdf 03 c. 2 inst.).

7.2. Del demandante. Solicita que se confirme la sentencia de acuerdo con el precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en cuanto al deber de información consignado en sentencia SL-19447 de 2017, que Protección nunca le explicó al actor las características, condiciones, ventajas y desventajas y demás consecuencias del traslado, incumpliendo el artículo 97, núm. 1 del Decreto 663 de 1993, aunado a que no puede desconocerse que la inversión de la carga de la prueba en beneficio del afiliado, se trata de una regla de justicia. (pdf 04 c. 2da. inst.).

8.- Problema jurídico a resolver. Con sujeción al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a la Sala verificar si es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó la jueza a quo, o, por el contrario, no hay lugar al mismo como lo opone Colpensiones.

9.- Grado jurisdiccional de consulta. Se examinará la sentencia en consulta en lo desfavorable a Colpensiones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 y lo expuesto por la jurisprudencia laboral por ejemplo en la sentencia CSJ SL 2807-2018 Rad. 68769.

10.- Resolución al (los) problema (s) jurídico (s).

De antemano, la sala anuncia que la sentencia de primera instancia será **adicionada** en sede de consulta, para ordenar la indexación de los valores que deben enviarse a Colpensiones por parte de Protección y **confirmada** en lo demás.

11.- Fundamento (s) normativo (s) y jurisprudencial (es). Ley 100 de 1993; D. 663 de 1993, Ley 797 de 2003, D. 510 de 2003, D. 3995 de 2008, D. 2071 de 2015, D. 1833 de 2016; Circular Externa No. 016 de 2016; CSJ SL 12136 de 2014,



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

SL19447 de 2017, SL1452 de 2019, SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, SL 2877 de 2020, SL 4161 de 2020, SL4782 de 2021, SL357 de 2022, SL3802 de 2022.

Consideraciones

¿Se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó la jueza a quo, o, por el contrario, como lo opone Colpensiones no hay lugar a ello y por lo tanto debe absolverse a Colpensiones de las suplicas de la demanda?

Advierte la Sala que las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de ofrecer información a los usuarios del sistema pensional para que estos puedan adoptar su decisión de forma consciente y libre, ya que esto sin duda alguna repercute en su futuro pensional; obligaciones que con el paso del tiempo han cogido auge, concretándose en el deber de información necesaria (artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003); la de asesoría y buen consejo (artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010); y finalmente el de doble asesoría (Ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa No. 016 de 2016).

Así las cosas, compete a los jueces de la seguridad social determinar si en cada caso en particular se cumplió o no con el deber de información según el momento histórico en que debía observarse, que, en el caso, son las normas vigentes para el año 1996, cuando ocurrió el traslado de régimen pensional del demandante, y desde esa perspectiva establecer si el fondo de pensiones acató su deber.

Ahora, dentro de las características de los sistemas pensionales se consagra como primordial que la vinculación sea “...libre y voluntaria...”, y para tal efecto, el afiliado “...manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado...”, y agrega tal norma que “...el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley...” (literal b art. 13 Ley 100 de 1993)



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Respecto al término “...*libre y voluntaria*...” contemplado en el citado artículo 13, la jurisprudencia laboral entiende que el mismo necesariamente presupone el conocimiento que debe tener la persona que decida afiliarse a alguno de los dos regímenes pensionales (RPM o RAIS), y eso solo se puede materializar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de esa decisión. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: “...*que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito...*” (SL 12136 de 2014)

Por otro lado, el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), aplicable a las administradoras de fondos de pensiones desde su creación, dispuso en el numeral 1º del artículo 97 como obligación de tales entidades “...*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado...*”.

En cuanto a la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, enseña la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que: “...*la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones...*”, y en ese sentido, la persona pueda comparar las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, previo a tomar su decisión. Además, dice la jurisprudencia frente al principio de transparencia, que “...*es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida*” para que de esta forma la elección del afiliado al sistema pueda darse después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los regímenes ofertados; es decir el referido principio impone la obligación a las entidades de dar a conocer **toda** la verdad objetiva de los diferentes regímenes, “*evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro...*”. (Sentencias CSJ SL1452 de 2019 y SL1688 de 2019, reiteradas en SL1689 de 2019)



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Adicional a ello, la jurisprudencia laboral ha sido pacífica en sostener que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en las condiciones que sean, **no** es suficiente para tener por acreditado el deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones, pues dicho consentimiento necesariamente debe ser informado. Frente al tema, la sentencia SL19447 de 2017 señaló *“...al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario (...); criterio que se reiteró en las sentencias SL1452, SL1688 y SL1689 de 2019, en las que se agregó “...la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado...” (SL357-2022 Rad. 85723).*

En el presente caso, son puntos pacíficos que el demandante estuvo afiliado al RPM desde el 3 de enero de 1983, al extinto ISS, hoy Colpensiones, hasta el 17 de enero de 2000 cuando se trasladó a Protección, Pensiones y Cesantías, data en la cual suscribió el formulario de afiliación a dicha AFP, donde actualmente está afiliado y que nació el 11 de marzo de 1961, pues tales situaciones fácticas no fueron controvertidas por las partes.

En el asunto, como se reseñó en los antecedentes, la jueza de instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS efectuado el 17 de enero de 2000, al considerar que, de acuerdo a la actual línea jurisprudencial de nuestro máximo órgano judicial, se omitió el deber de información al accionante, el que debió cumplirse en el traslado de régimen pensional del extinto ISS, hoy Colpensiones a la AFP Protección.

Esta Sala acompaña lo considerado por la jueza de instancia, toda vez que en efecto, se observa que en este caso no se cumplieron los presupuestos fijados por



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

la jurisprudencia laboral en cuanto al deber de información, ya que dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que el demandante, antes de trasladarse a Protección S.A. hubiese recibido información clara, cierta, comprensible, oportuna y suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento.

Y es que la circunstancia que el actor haya firmado el formulario pre impreso de afiliación, con ese sólo acto no se garantiza el deber de información que le asistía a Protección S.A. frente al demandante; pues para entender satisfecha tal obligación por parte del fondo de pensiones, era necesario que se le hubiese explicado al accionante por ejemplo: las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, una proyección de la pensión en ambos regímenes, entre otros aspectos, circunstancias que no ocurrieron, como quiera que no se encuentran acreditadas en el plenario.

En el interrogatorio de parte, el demandante señaló que cuando se afilió a Protección en el año 2000 fueron unas personas a la empresa, esa persona le dijo que el Seguro Social se iba a acabar, que iba a perder sus derechos, que se podía pensionar antes de la edad, y su pensión era mejor con Protección que en el ISS, simplemente le dijeron que como el ISS se iba a acabar que se puede pensionar antes de la edad, que fue lo que le llamó la atención, que se pasó porque si se iba a acabar el ISS se acoge a algo, no me dijo acerca de la cuenta solo me dijeron su pensión va a ser mejor se pensiona antes y nada más no le dijeron de la cuenta del ahorro, ni que pasaba con los aportes si fallecía, se afilio de manera libre y voluntaria por los argumentos del asesor, le creyó y de buena fe se pasó, no recibió ninguna asesoría si podía volver al RPM, que el motivo para pedir el traslado es que se siente engañado por lo que le ofrecieron abusaron de su confianza tiene 62 años y me enseñaron que la palabra valía y a mí me engañaron, no sabe acerca de los rendimientos, no sabía que podía regresar al RPM, viajaba estaba interesado en su trabajo, cuando se acercó a preguntar que quería pensionarse le salieron con todo diferente a lo que le habían prometido, todo es una falsedad, el funcionario que fue a la empresa diligenció el formulario, lo firmó voluntariamente confiando en la palabra y sintió que abusaron de su buena fe, no sabía las consecuencias que le traería al futuro, que en 2017 o 2018 fue que se enteró que todo fue un engaño.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

De las manifestaciones del actor en su interrogatorio no se advierte que el demandante hubiese señalado aspectos que beneficiaran a la parte contraria y de contera, le ocasionaran consecuencias jurídicas adversas a éste, para considerar que se dio la confesión en los términos del artículo 191 del CGP, por el contrario fue insistente al expresar que no recibió información acerca de las consecuencias del traslado, ya que lo que dijo fue que el motivo del traslado lo ocasionó el hecho que le hayan dicho que el ISS se iba a acabar, perdería sus aportes y que en Protección se podía pensionar antes y en buenas condiciones.

Por consiguiente, como no se acreditó el cumplimiento de los presupuestos del deber de información que recaía en la administradora demandada para el momento de traslado de régimen pensional; recordemos, que la firma del formato preimpreso, en caso tal se insiste, a la que aludió el actor lo firmó de manera voluntaria, no es suficiente para tener por demostrado el deber que le correspondía a las AFP demandada; ya que de acuerdo con los precedentes jurisprudenciales debió cumplirlo, pues no puede dejarse de lado que, precisamente ante las innumerables demandas que se venían presentando y que en la práctica los jueces de instancia en su gran mayoría accedían a lo peticionado por encontrar probada esa ausencia de información clara, detallada, precisa, consciente, efectuando las proyecciones pensionales en los dos regímenes pensionales, incluso, de ser el caso, desanimar al afiliado por el traslado al no favorecerlo, fue que nuestro máximo organismo de cierre, con miras a que las decisiones se emitieran de manera uniforme, acatando los precedentes y directrices como tribunal de casación y también en sede de tutela, ha proferido diversas sentencias reiterando el mentado deber de información, incluso, recuérdese como la apoderada de Colpensiones es consciente de la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la que dice que no comparte.

Entonces, conforme lo analizado, de cara a esa ausencia del deber de información, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante, siendo sus efectos legales que el accionante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Lo anterior en razón, a que si bien el demandante para el 1 de julio de 2022, cuando solicitó a Protección Pensiones y Cesantías S.A., la “declaratoria de ineficacia y/o nulidad del acta o formulario de afiliación” pretendiendo el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con 60 años de edad y por tanto se encontraba inmerso en la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en cuanto indica que “...el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”; tal situación no repercute en el presente asunto, como quiera que es la misma jurisprudencia laboral la que ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...” o, que se deba acreditar la intención del retracto; pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren “...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...” (Sentencia CST SL1452 de 2019).

De tal suerte que en nada interfiere la edad del demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se reitera, no se demostró que las AFP Protección S.A. hubiese cumplido en su momento con su deber de dar a conocer al demandante toda la verdad objetiva de las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias de los diferentes regímenes, y por ende, dicho traslado deviene ineficaz, y en ese sentido, las cosas vuelven a su estado anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Ahora, lo alegado en torno a que en la época del traslado para el suministro de la información bastaba con la suscripción del formulario, sin que fuera tan exigente, como en la actualidad, y que bajo tal afirmación cumplieron con los requisitos al momento del traslado, debe decirse que el requisito exigido a las AFP deviene desde el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, tal y como lo ha subrayado la Corte Suprema de Justicia así (SL3802 de 2022): “según se ha adoctrinado entre muchas otras en la sentencia CSJ SL1452-2019, reiterada entre varias, en la



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, en perspectiva del numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el deber de la AFP consiste en demostrar haber: 4.1 Entregado la información necesaria, esto es, [...] la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.”, carga que no cumplió la demandada AFP Protección.

Referente a lo señalado por Colpensiones, sobre la falta de acreditación de vicios de consentimiento, baste señalar que lo declarado es la ineficacia del traslado y no la nulidad del acto por vicios del consentimiento; por consiguiente, no hay lugar a resolver lo atinente al término que tenía la demandante para interponer la acción de rescisión por vicios de nulidad, consagrada en el artículo 1750 del C.C., como Colpensiones lo solicitó (Sent. SL4360 de 2019 reiterada en Sent. SL 4161 de 2020).

De otra parte, en cuanto a que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS conlleva la descapitalización del sistema pensional, como lo sostiene Colpensiones; debe decirse que aunque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar por cuanto ordenaba repartirlo, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y el resto del aporte se destinaba para el pago de la pensión de vejez, dicha norma fue modificada por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003 que, si bien no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, sí lo hizo en el régimen de ahorro individual, por lo que a partir de ese momento frente a este último régimen un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% está destinado a financiar la pensión de vejez, lo que genera que el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media sea mayor que en el de ahorro individual, por lo que lógicamente se afectaría la sostenibilidad financiera de Colpensiones al producirse el traslado de régimen y ordenarse únicamente la devolución de los recursos que aparecen en la cuenta individual del afiliado; no obstante, de conformidad con lo establecido en el artículo 8° del Decreto 510 de 2003, compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016, dichos recursos del fondo de garantía de pensión mínima los manejan las AFP en una



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

subcuenta separada, por lo que en ese orden, debe aplicarse al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que preceptúa que cuando se realice el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media no solamente debe trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de garantía de pensión mínima.

Por consiguiente, se precisa que la ineficacia declarada, conlleva la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de las AFP donde estuvo afiliado el demandante a Colpensiones, ya que esa devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, puesto que los recursos serán utilizados por Colpensiones para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el accionante, de ser el caso, en el régimen de prima media con prestación definida; en esa medida, esta Sala confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto, e igualmente frente a los bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, y lo correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima; por cuanto Colpensiones es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2877 del 29 de julio de 2020, concluyó: *“...Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.- Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».- «Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas...”.*

Bajo ese contexto, se verifica que la jueza respecto d la devolución de las sumas del actor que se encuentran en la AFP, resolvió condenar a Protección a restituir



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

en favor de Colpensiones los gastos de administración, los rendimientos y el saldo de la cuenta pensional, sin embargo, se recuerda que de acuerdo a la jurisprudencia laboral, debe ordenarse esa restitución en su totalidad, ya que de acuerdo con nuestro organismo de cierre tal devolución debe contener: *“el capital acumulado de la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados a seguros provisionales con cargo a sus propias utilidades”* por lo tanto, en sede de consulta se ordenará que se envíe por parte de la AFP Protección S.A., todos los conceptos enunciados para de esta manera no lesionar el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, ni se presente descapitalización del mismo, como lo alega la accionada Colpensiones.

Y es que las AFP'S están obligadas a devolver, incluso, los gastos y comisiones de administración, con cargo a sus propias utilidades, ya que debieron ser recibidos por el ISS en su momento, hoy Colpensiones, *“...pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones...”* (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL3537-2021).

Por consiguiente, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la AFP devolver los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, según el tiempo de permanencia, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, atendiendo que conforme el artículo 16 del Decreto 692 de 1994, compilado en el artículo 2.2.5.2.1 del Decreto 1833 de 2016.

Como la decisión de primera instancia no fue suficiente al disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, en sede de consulta, se modificará el alcance de la condena, para que devuelva además de los gastos de administración, los rendimientos y el saldo de la cuenta pensional del actor como lo dispuso la jueza de instancia, que se haga la respectiva restitución de tales gastos, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados por el tiempo de permanencia del demandante en dicho fondo.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Por último, en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, deberá adicionarse el fallo de instancia para que los valores que se ordenaron sean enviados por la AFP Protección a Colpensiones, deben ser indexados, toda vez que lo que se pretende con esa actualización es mantener el poder adquisitivo de la moneda, lo que lejos está de ser una sanción.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en efecto, los valores que se ordenan trasladar a raíz de la ineficacia del traslado deben ser indexados. Así lo soslayó (SL3802 de 2022): *“Por tal razón, esa declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020, CSJ SL5595-2021).”* (puede consultarse igualmente la sentencia SL-359 de 2021).

Así las cosas, se adicionará la sentencia de primera instancia, en cuanto a ordenar la devolución de los conceptos enunciados, debidamente indexados como quedó analizado en precedencia; en lo demás se confirmará la providencia de instancia.

Así quedan resueltos el recurso de apelación formulado por la apoderada de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta surtido en su favor.

Sin costas en esta instancia por surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Adicionar la sentencia apelada y consultada, para ordenar que los valores que debe devolver Protección S.A, a Colpensiones, además de los gastos



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

de administración, los rendimientos y el saldo de la cuenta pensional del actor, como lo dispuso la jueza de instancia, que se haga el respectivo reintegro de tales gastos, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados por el tiempo de permanencia del demandante en dicho fondo, debidamente indexados, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada, conforme con lo considerado.

Tercero: Sin costas en esta instancia.

Cuarto: En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente digitalizado al juzgado de origen, para lo de su cargo.

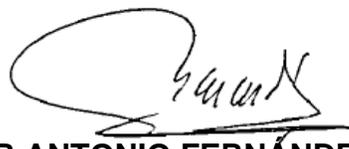
Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado