



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

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25307 31 05 001 2021 00216 01

Luis Angel Murillo Ospina vs. Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Otra.

Bogotá D. C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala a resolver los recursos de apelación presentados por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, sobre los puntos no apelados, de la sentencia condenatoria proferida el 25 de noviembre de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia 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 Angel Murillo Ospina, mediante apoderada judicial, promovió proceso ordinario laboral contra Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el fin de que se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada por Porvenir, en consecuencia, solicita se tenga en cuenta para los efectos legales, que nunca se trasladó al RAIS y por tanto permaneció en el RPMD, se ordene al fondo de pensiones Porvenir a restituir a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, los valores obtenidos por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y cuotas de administración, entre otras.



Que, a su vez, se declare sin solución de continuidad la afiliación del demandante a Colpensiones administradora del régimen de prima media con prestación definida, lo *ultra* y *extra petita*, y costas.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que el demandante nació el 18 de septiembre de 1958, y en la actualidad tiene 62 años; que efectuó cotizaciones al RPM hasta febrero de 1995 a la Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal; en ese mes se vinculó a trabajar con la Fiscalía General de la Nación y se trasladó al fondo de pensiones Porvenir S.A., el 6 de abril de 1995, aduce que al momento del traslado el asesor no le suministró información suficiente y oportuna sobre los beneficios y consecuencias de pertenecer a cada régimen pensional, añade que el 31 de marzo de 2021 solicitó a Porvenir declarar la ineficacia de su afiliación, sin que le haya suministrado respuesta y que el 12 de mayo siguiente, presentó a Colpensiones solicitud de traslado del RAIS al RPMD, pero fue negado, manifiesta que de acuerdo al cálculo efectuado por Porvenir su pensión sería de \$2.531.7000, monto que corresponde al 25% de su salario actual, *“siendo ello una consecuencia de la falta de información dada al momento de su traslado de régimen pensional.”*

2.- La demanda fue admitida con auto de 9 de diciembre de 2021, ordenándose la notificación a las demandadas y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y surtir el traslado de rigor. (pdf 05).

3.- Contestación de la demanda.

3.1.- Porvenir S.A.: Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que el demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, no presentó dentro del plazo reclamación, de acuerdo con el artículo 3º del decreto 1161 de 1994, su traslado está prohibido conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, porque a la fecha que pidió el mentado traslado contaba con más de 52 años, añade que para retornar al RPMD que administra Colpensiones debe cumplir los requisitos, el que fue negado por esa administradora, que no hay lugar a declarar la nulidad de la afiliación, porque no se presenta ningún vicio del consentimiento, y se cumplió con el deber de información al afiliado acerca de su situación pensional. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción de la acción por la cual se pretende la nulidad, buena fe,



No cumplimiento de los requisitos exigidos por las sentencias C 789 de 2002 y 1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013. Encontrarse incurso en prohibición de traslado de régimen el demandante literal A Artículo 2 Ley 797 de 2002, Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo, enriquecimiento sin justa causa y la genérica (PDF. 09).

3.2.- Colpensiones: Contestó la demanda con oposición a las pretensiones, bajo el argumento que no hay prueba que acredite que al demandante se le hizo incurrir en error, respecto de la falta del deber de información por parte de Porvenir, como tampoco está presente ningún vicio del consentimiento, en las solicitudes no se avizora nota de protesta o alguna anotación con la que se pueda establecer inconformidad del demandante, por el contrario de las documentales emana que hubo conformidad de esta persona, quien de manera libre y voluntaria resolvió trasladarse, además el actor no cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no es viable su traslado, conforme con el artículo 2 de la Ley 793 de 2007, al faltarle menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez, agrega que cuando el accionante pidió a Colpensiones su traslado contaba con 63 años, de lo que se colige que estaba dentro de una prohibición legal. En su defensa propuso las excepción previa de falta de competencia ante la ausencia de reclamación administrativa y las de mérito denominadas Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización el sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y la innominada o genérica. (PDF 11).

3.3.- A pesar de encontrarse debidamente notificada la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no intervino en el presente proceso.

3. Mediante auto adiado 27 de julio de 2022, el juzgado tuvo por contestada la demanda por parte de las demandadas Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, y señaló el fecha para llevar a cabo las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPT y de la SS. (pdf 13).



4.- Sentencia de primera instancia.

La titular del Juzgado Laboral del Circuito de Girardot, mediante sentencia proferida el 25 de noviembre de 2022, resolvió: *1. Declarar la ineficacia de la afiliación de Luis Ángel Murillo Ospina a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. suscrita el 6 de abril de 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, se declara que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. 2. Condenar a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones” todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Luis Ángel Murillo Ospina, como la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones generadas en su cuenta de ahorro individual, incluidos los aportes depositados en el fondo de garantía de pensión mínima y los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, concediéndosele el termino de 20 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifiquen. 3. Declarar que prospera la excepción de no procedencia al pago de costas, propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, conforme con lo expuesto. 4. Declarar imprósperas las demás excepciones de mérito propuesta por la parte demandada. 5. Condenar en costas a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., fijándose las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000 a favor de la parte demandante...”*

5.- Recursos de apelación: Inconformes con la decisión, tanto **Porvenir** y **Colpensiones**, apelaron la sentencia de primera instancia así:

5.1.- Colpensiones: La apoderada de Colpensiones, manifiesta que apela de manera parcial la sentencia de instancia, para que el Tribunal absuelva de las condenas impuestas a Colpensiones, lo que sustenta en que *“no se debe declarar la ineficacia del traslado respecto de Colpensiones, toda vez que lo que busca estos procesos de ineficacia de traslado es que las cosas vuelvan a su estado inicial, siendo así el señor Luis Angel Murillo nunca ha estado afiliado al ISS ni a Colpensiones, según el reporte histórico laboral que reposa en el expediente y lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte, mi representada no es la encargada de asumir la afiliación del demandante porque nunca estuvo afiliado al ISS ni a Colpensiones, no debe declararse la ineficacia del traslado del RAIS al RPMD, en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue valido sino que produjo efectos jurídicos tanto que el demandante efectuó aportes al fondo privado adquiriendo obligaciones por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de mi representada, para finalizar no puede manifestar el demandante ya cuando tiene la edad requerida en el RPM que fue engañado o que*



no le brindaron la suficiente información cuando uno de los deberes es informarse adecuadamente de que productos adquirió o está adquiriendo Decreto 2241/10 art. 4º hubo falta de interés, negligencia del demandante en toda su vida pensional, más aun siendo un profesional del derecho no exonera el deber de ilustrarse no necesariamente en el tema laboral pero si debió haber solicitado su traslado mucho antes de lo contemplado en la norma del requisito de los 10 años, solicito al honorable tribunal en caso de condenar esta sentencia no sea condenada en costas a mi representada pues como lo dijo la juez no se puede declarar vencido a Colpensiones nada tuvo que ver con el traslado que realizó el demandante en 1995, en caso de confirmar igualmente solicito al honorable Tribunal, ordenar a Porvenir reintegrar la totalidad de la cotización, según las sentencias SL-17595 DE 2017, SL-4989 de 2018, SL-1421 de 2019 rad 56174, esto es con los recursos de cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales, gastos de administración además que vengan esos dineros debidamente indexados...”

5.2.- Porvenir: Pide que se revoque la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que *“se tiene que el aquí demandante a pesar de lo mencionado en la parte motiva de esta sentencia, si se encuentra sujeto a la prohibición señalada en el literal g del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003 con la cual se prohíbe expresamente el traslado del régimen pensional de personas que les falten 10 años o menos para llegar a la edad de pensión caso del aquí demandante, ya que a la fecha de la presente demanda se encontraba inmerso en la prohibición legal anteriormente mencionada, por lo que la AFP que represento no pudo acceder a su traslado de régimen pensional además de ello como se dijo en la contestación de demanda y en los alegatos de conclusión, el demandante contaba con un plazo de 5 días siguientes a la fecha de vinculación para retractarse del cambio de régimen, según lo estipulado en el decreto 1161 de 1994, plazo o lapso el cual el demandante dejó vencer toda vez que este término de 5 días hábiles no se hizo efectivo, como se puede observar pues el demandante continuo siendo parte de la AFP Porvenir, por otro lado si se deberá tener en cuenta la prescripción de que trata el artículo 1750 del Código Civil, mencionada de propuesta como excepción de contestación de demanda teniendo en cuenta que se habla de una rescisión de un contrato firmado para el año de traslado y por lo tanto es viable dar aplicación a los mencionado en el artículo 1750 prescriptivo, que habla de un término prescriptivo de cuatro años para pedir la rescisión del acto o contrato, de igual forma solicito al honorable tribunal de Cundinamarca, que revoque la condena en costas aquí indicada, pues mi representada ha contado con ánimo conciliatorio para efectos de dar un feliz término presente proceso, de no ser el caso abstenerse de condenar en costas o con valor inferior al que lo viene haciendo a la AFP PROVENIR en vista de la intención del ánimo conciliatorio que ha tenido este proceso, conforme a lo anterior le solicito al honorable Tribunal Sala laboral de Cundinamarca que estudie a fondo el recurso aquí planteado y el cual se extenderá un poco más una vez se admita y se corra el traslado del mismo y se revoque la sentencia”*

6.- Alegatos de conclusión. En el término de traslado presentó alegaciones de instancia la AFP Porvenir, insistiendo en la revocatoria de la sentencia, ratificando básicamente las argumentaciones del recurso, en el sentido que el demandando



se afilió de manera libre y espontánea, no hizo reclamación, dejó vencer el término de 5 días a que alude el decreto 1161 de 1994, para retractarse del cambio de régimen, se encuentra incurso en la prohibición del art. 13 de la Ley 100 de 1994, modificado por la Ley 797 de 2003, así como lo esgrimidos en varias sentencias, agrega que no hay nulidad de la afiliación, por no presentarse los vicios del consentimiento, además se encuentra prescrita, y que es improcedente que se ordene trasladar los valores dispuestos en la sentencia indexados, dada su improcedencia pues de hacerse el traslado es con los rendimientos, por ende se estaría efectuando un doble cobro, lo que afecta la estabilidad financiera del sistema. (pdf 03 segunda instancia)

Por su parte Colpensiones, en sus alegaciones reitera que el demandante cuando pidió el retorno al RPM contaba con 63 años, por ende esta incurso en la prohibición legal del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no hay prueba de la existencia de algún vicio del consentimiento cuando emitió su voluntad de trasladarse, y su pedimento está prescrito, de acuerdo con el artículo 1750 del CC, además debe tenerse en cuenta que se saneó la nulidad por ratificación tácita o expresa del consentimiento, aunado a que no hay prueba de la existencia del algún vicio de su consentimiento, lo que es imposible acreditar por hechos acaecidos hace 27 años, dice que si bien la AFP debió informarlo de manera suficiente, ello no exoneraba al actor para ilustrarse acerca de la escogencia de su régimen pensional, y agrega que de aceptarse el traslado, ello da lugar a la descapitalización del sistema poniendo en peligro el derecho a la seguridad social de los otros afiliados, reitera que de no ser de recibo lo argumentado, *"SOLICITO SE CONDICIONE el cumplimiento de la sentencia por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-previo cumplimiento de LA DEVOLUCIÓN de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI del demandante por la AFP, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al FGPM y gastos de administración, y los demanda (sic) a que hubiera lugar, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos"*, además que no se condene en costas a Colpensiones al no haber participado en el acto de traslado, ajeno a la entidad.

7.- Problema (s) jurídico (s) 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 resolver el siguiente problema jurídico: ¿se dan los



presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó la jueza quo, o, por el contrario, no hay lugar al mismo?, dependiendo de lo que resulte se verificará el fenómeno de la prescripción y si de mantenerse la decisión, debe exonerarse de condenar en costas de esta instancia a Colpensiones y a Porvenir de las de primer grado?

8.- 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.

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

De antemano, la sala anuncia que la sentencia apelada y consultada será **adicionada** en cuanto a la indexación y **confirmada** en lo demás.

10.- 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, 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, entre otras.

Consideraciones

Procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados, así:

Advierte la Sala que las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de ofrecer información al momento de la afiliación 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 1995, 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)

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)

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, se advierte que el aquí demandante estuvo vinculado al sistema general de pensiones en la extinta Caja Nacional de Previsión Social,



Cajanal, efectuando aportes desde el 1º de febrero al 30 de marzo de 1995, y a partir del 6 de abril de la misma anualidad, hasta la actualidad, se encuentra afiliado al fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A., que nació el 18 de septiembre de 1958, pues tales situaciones fácticas se encuentran debidamente acreditadas en el proceso y no fueron controvertidas por las partes (pdf 03, pdf 09 y pdf 11).

La jueza de instancia en la sentencia que se revisa, consideró que había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP PORVENIR, dado que esta administradora no demostró que le hubiere suministrado al demandante al momento de la afiliación información transparente acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales, ni sus ventajas ni desventajas, sus expectativas pensionales, pues el asesor que hizo la afiliación debía estar preparado para no ocasionarle perjuicio al actor y si ya no estaba Cajanal, para la época, afiliarse al ISS, no se aportó ninguna prueba acerca de la asesoría brindada al actor, solo está el formato de afiliación, lo que devino en un desconocimiento de las consecuencias que se presentaban sobre su derecho pensional y quien tenía la carga de demostrar el suministro de la asesoría era la demandada AFP PORVENIR, por ende debe tenerse que siempre estuvo afiliado al RPM en Cajanal, luego al extinto ISS, hoy Colpensiones, entendiéndose que su afiliación es a esta última entidad.

Colofón de lo dicho, la senda de estudio únicamente puede seguirse desde la óptica del deber de información que tuvo que acontecer en el traslado de régimen pensional del accionante

En este asunto, observa la Sala que no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral, ya que dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que el demandante, antes de trasladarse a Porvenir S.A., hubiese recibido información clara, cierta, precisa, comprensible y oportuna, 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 presuntamente haya firmado el formulario pre impreso de afiliación, con ese sólo acto no se garantiza el deber de información que le asistía a Porvenir S.A.; 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 se dieron, como quiera que no se encuentran acreditadas en el plenario.

En el interrogatorio de parte, el demandante señaló que: *“... Porvenir no me dio información clara, realmente ninguna, jamás fui ilustrado de los pormenores inmediatos y futuros, simplemente fue para cumplir el trámite que se requiere de estar afiliado para ejercer el cargo de fiscal local.... Como no fui informado no me dieron garantías, ... yo fui a Porvenir para que saber el valor de la pensión con 26 años de servicio y no supera los dos salarios y medio y mi nómina supera 10 millones, ... me considero perjudicado ..., que cuando se fue a posesionar se hizo la afiliación “había un asesor solo se presentó formato, recuerdo que se llenaba el formato ... como le dije era la emoción de posesionarme en el cargo, uno no miraba solo llenaba y firmaba, nunca fui ilustrado ni contaron como era la problemática hacia el futuro, simplemente llene el formulario y quede afiliado, no recuerdo haber leído el formulario..:”*

Manifestaciones de las cuales 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, y por consiguiente 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, la firma del formato preimpreso, en caso tal se insiste, no es suficiente para tener por demostrado el deber que le correspondía a la AFP demandada; por lo que conforme a lo analizado, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante, siendo sus efectos legales que el actor 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.

Lo anterior en razón, a que si bien el demandante para el 12 de mayo de 2021, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, (pdf 03, fls. 1, 23 y 24), contaba con 62 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 es 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).

Por consiguiente, 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 la AFP Porvenir S.A. hubiese cumplido 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.

Referente a lo señalado por Colpensiones y Porvenir, 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 lo solicitó el extremo accionado (Corte Suprema de Justicia SL4360 de 2019 reiterada en 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; 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 7º 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 8º 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 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.

Así las cosas, se precisa que la ineficacia declarada, conlleva la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de la AFP Porvenir S.A. 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 demandante, 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 advierte que la jueza acató lo establecido en la jurisprudencia laboral, al ordenar: *“devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones” todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor Luis Ángel Murillo Ospina, como la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones generadas en su cuenta de ahorro individual, incluidos los aportes depositados en el fondo de garantía de pensión mínima y los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual”,* por tanto, no se lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, ni se presenta descapitalización del mismo como lo alega 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).

Sin embargo, en sede de consulta, se verifica que la juzgadora de instancia omitió disponer la indexación de los conceptos que dispuso trasladar de Porvenir a la Colpensiones, lo que debió hacer de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en ese tópic, acorde con lo dicho por nuestra máxima Corporación de cierre en materia laboral, entre otras, en sentencia SL 183 de 2020, en la que ilustra:

“(...) en cuanto al segundo, tiene que ver con los valores objeto de devolución a favor de Colpensiones, puesto que otea la Sala que el Juez singular, limitó las mismas únicamente a los aportes efectuados junto a los rendimientos financieros, empero, excluyó ordenar el pago e indexación de los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ



SL4175-2021), y en consonancia a ello se adicionará el ordinal segundo del proveído consultado”, por lo que se adicionará la providencia, en el sentido que esos ítems deben ser indexados, acatando el precedente reseñado.

En lo relacionado con la prescripción nuestra Corporación de cierre tiene adoctrinado que: *«la declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto **los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación**, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social» (CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3199-2021)» (Negritillas propias de la Sala - SL3593-2022 Rad. 90734).*

En este aspecto cumple precisar que al declararse la ineficacia del traslado, mas no su nulidad por vicios del consentimiento, como lo sostiene Porvenir, S.A., no es dable resolver lo relativo al término con el cual contaba el actor para interponer la acción de rescisión a que alude el artículo 1750 de CC.. En este punto nuestro máximo organismo de cierre ha tenido la oportunidad de referirse en sentencia SL 4360 de 2019, reiterada en providencia SL 4161 de 2020, en los siguientes términos:

“(...) Para dilucidar si la vía correcta es la nulidad o la ineficacia en sentido estricto, la Corte juzga necesario precisar lo siguiente frente a la figura jurídica de la ineficacia en sentido lato y algunas de sus diversas expresiones (inexistencia, nulidad e ineficacia en sentido estricto):

Cuando se alude a la ineficacia en sentido amplio, se hace referencia a todos los defectos o anomalías, de cualquier clase, que impiden que el acto jurídico produzca sus efectos o deje de producirlos. Cubre todas las causas que perturban su eficacia y comprende diversas reacciones del ordenamiento jurídico tales como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa o la ineficacia en sentido estricto, que con mayor o menor intensidad golpean el acto o negocio jurídico.

Un acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos esenciales. El acto así formado carece de existencia ante el derecho o, dicho de otro modo, no tiene vida jurídica y, por tanto, no produce ningún efecto.

En cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez.



Finalmente, la ineficacia en sentido estricto supone un acto jurídico existente y válido, pero que no produce sus efectos finales o queda privado de ellos por expresa disposición del legislador. La Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que «la ineficacia en sentido propio o restringido, consiste en la alteración de los resultados finales de la figura [...] sin afectar su validez».

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

[...] En efecto, siguiendo la tradición de las legislaciones tutelares que propenden por la intangibilidad e irrenunciabilidad de un mínimo de derechos y garantías ciudadanas, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social sanciona con la ineficacia o la privación de efectos jurídicos todo acuerdo que menoscabe la libertad, la dignidad humana o los derechos de los trabajadores. De ahí que, para esta Corte, la figura de la ineficacia sea la vía correcta al momento de examinar los casos de violación del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones.

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la



alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia”.

Ahora, no le asiste razón a Colpensiones al señalar que no es dable disponer el traslado a esa entidad del demandante, toda vez que nunca estuvo afiliado allí, sino a Cajanal, al respecto baste con decir, que sí el demandante estuvo vinculado a esta última entidad al momento de su traslado al RAIS, al declararse la ineficacia del traslado, necesariamente debe regresar a Colpensiones, como quiera que aquella también administró el régimen de prima media y como efecto de la liquidación de Cajanal, se ordenó el traslado de sus afiliados al extinto ISS, hoy Colpensiones, en los términos del art. 4º del D. 2196 de 2009 (SL2932-2022, SL3703-2022).

En cuanto a lo esgrimido por la apoderada de Colpensiones, respecto a la devolución de todas las sumas que se encuentran en la AFP Porvenir S.A., se verifica que la juzgadora de instancia en la sentencia apelada y consultada dispuso en su integridad esos reintegros, de acuerdo con los lineamientos jurisprudenciales en la materia, por ende no hay lugar a modificar o adicionar órdenes frente a los conceptos dispuestos en primer grado, salvo la indexación analizada en precedencia, que dicho sea de paso hasta en las alegaciones el apoderado de Porvenir, pese a que no se había impuesto esa corrección monetaria, dice que a ello no había lugar, sin que le asista razón de una parte porque no se había impuesto y de otra parte, en la sentencia que se revisa se dispone, sin que ello vaya en contravía del principio de consonancia, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, dado que lo que su fin pretende es que el dinero no pierda el poder adquisitivo (SL-359-2021).

Frente a las demás excepciones formuladas por las demandadas, como lo ponderó la juzgadora de instancia, las mismas no tienen visos de prosperidad, ante la declaratoria de la ineficacia del traslado, en los términos estudiados.

Por último, respecto a lo pedido por las demandadas, en específico, por Colpensiones de no condenarse en costas en esta instancia y por Porvenir que también se exonere de las de primera instancia y de fijarse en este estadio se haga en un monto menor, vale decir de una parte, que Colpensiones no será condenada en costas en esta instancia, dado que se surtió el grado jurisdiccional de consulta en su favor; por otro lado, en relación con Porvenir S.A., baste con



decir que a voces del núm. 1. Del artículo 365 del CGP, aplicable por reenvío del artículo 145 del CPT y de la SS, se condena en costas a la parte vencida en un proceso y cuando se resuelve de manera desfavorable la apelación, por lo tanto que no tiene vocación de prosperidad los argumentos expuestos por esta accionada, por lo que se confirmarán las costas de primer grado.

Así quedan resueltos los recursos de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones.

Costas de esta instancia a cargo de la demandada Porvenir por perder su recurso; Se fijan las agencias en derecho la suma equivalente a 2 SMLMV.

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, en el sentido que la devolución de los conceptos a Colpensiones dispuesto en el numeral segundo de la providencia apelada y consultada, deben ser debidamente indexados, como se señaló en la motivación de esta sentencia y se **Confirma** en lo demás la providencia de primera instancia, de acuerdo con lo considerado.

Segundo: No se condena en costas a Colpensiones, acorde con lo considerado. Costas en esta instancia a cargo Porvenir S.A.. Se fijan como agencias la suma equivalente a 2 SMLMV.

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



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

Notifíquese y cúmplase,

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado