



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 001 2021 00313 01

José Vicente Romero Orozco vs. Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y otros.

Bogotá D. C., veintiséis (26) de enero 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 Porvenir S.A. y Colpensiones, 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 31 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá - 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: José Vicente Romero Orozco promovió proceso ordinario laboral contra Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Administradora de Fondo de Pensiones y pensiones Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada por Protección S.A. y que declare que Porvenir S.A. omitió informarle que podía trasladarse de régimen cuando le faltaba mas de diez años. En consecuencia, solicitó se condene al fondo de pensiones Porvenir S.A. a trasladar 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 condene a Colpensiones a recibirlo como afiliado, costas y lo *ultra y extra petita*.



Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que nació el 5 de abril de 1959, y en la actualidad tiene 58 años; que empezó su vida laboral el 19 de octubre de 1976; que estuvo afiliado en el RPM hasta el de julio de 1999, época en la cual se trasladó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., esta afiliación se dio con base en engaños y con ausencia de información de las implicaciones del cambio de régimen; solicitó a Colpensiones activar su afiliación pensional en dicho régimen, pero recibió respuesta negativa. (PDF. 01DemandaAnexos. Fls. 1 a 23)

2. Contestación de la demanda. en esta etapa procesal ocurrió lo siguiente:

2.1. Colpensiones: contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Aceptó la edad del demandante, el traslado de régimen, la petición del activación en el RPM y su negativa. En su defensa alegó que dentro del expediente no obra prueba alguna que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta de deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante; al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; aunado a que el actor no cumple con los requisitos de las sentencias SU-062 de 2010.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (PDF.05ContestaciónDemanda. Fls. 2 a 35)

2.2. Porvenir S.A.: contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Aseveró que la suscripción del formulario de



afiliación es un acto voluntario y libre, que se da con posterioridad a una asesoría verbal, clara, veraz y oportuna, sobre las condiciones, características, requisitos y funcionalidad del RAIS y del RPM, conforme a la normatividad vigente para la fecha y las particularidades propias del demandante para dicha anualidad. Sostuvo que para el momento del traslado no existían las cargas de asesoría y buen consejo, exigencias impuestas solo hasta la expedición de los Decretos 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015. Por consiguiente, a su juicio cumplieron con las exigencias de la data.

Planteó las excepciones de mérito que llamó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (PDF.07ContestaciónDemanda. Fls. 2 a 33).

2.3. Protección S.A.: contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Aseveró que el demandante suscribió el formulario de afiliación con DAVIVIR el día 27 de mayo de 1999, mediante el cual solicitó su traslado de administradora al interior del RAIS; decisión de traslado realizado de manera libre, voluntaria y sin presiones. Además, entregó información objetiva al demandante sobre el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y su comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), con el fin de que el mismo tomara una decisión libre, voluntaria e informada, apreciando las ventajas y desventajas de los mismos, decidiendo éste solicitar su traslado en el RAIS, información que incluyó el monto de su mesada pensional de mantenerse en el RAIS o retornar al RPM con el ISS, donde su mesada pensional sería mayor.

Incoó las excepciones de mérito que nombradas: validez de las afiliaciones Davivir, hoy Protección y Davivir, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, innominada o genérica. (PDF.08ContestaciónDemanda. Fls. 2 a 33).

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

3. Sentencia de primera instancia.

La Jueza Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022, resolvió: “ *DECLARAR la ineficacia del traslado que se efectuado por parte del señor JOSE VICENTE ROMERO OROZCO al régimen de ahorro individual desde el régimen de prima media, en consecuencia este despacho condena al fondo*



demandado PORVENIR a reconocer y trasladar a Colpensiones 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, todo estos debidamente indexados y trasladarlos en favor de Colpensiones. Asimismo, se condena a Colpensiones a asumir al afiliado al aquí demandante como afiliado a partir de la ejecutoria de esta sentencia y también en consecuencia se absuelve al fondo demandado Protección, de todas y cada una de las súplicas de esta demanda. Se abstiene entonces el despacho de condenar en costas y agencias en derecho a las acá demandadas”.

4. Recurso de apelación: Inconforme con la decisión Provenir S.A. y Colpensiones, presentaron recurso de apelación así:

Colpensiones

“Con el uso otorgado de la palabra, me permito muy respetuosamente interponer el recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Cundinamarca, especialidad laboral, para que se revoque la sentencia de instancia, el cual me permito sustentar con los argumentos que ya vienen siendo reiterados por mi representada, entre ellos está el tema que se hace énfasis en esta oportunidad de descapitalización del sistema pensional, si bien se ordenó el trasladar todo el capital con rendimientos, indexados con las primas provisionales con las administración, mi representada para soslayar precisamente esta afectación que se da por romper el equilibrio de esos 10 años de permanencia en el régimen de prima media el mínimo, no es menos cierto que tal y como mi representada ya lo viene exponiendo y lo expuso hace unos pocos días ante la honorable Corte Constitucional en su concepto, este tipo de decisiones ocasionaría una descapitalización o desfinanciación de treinta y cinco mil billones de pesos no solo a cargo de administradora de fondos de pensiones Colpensiones, sino a cargo del patrimonio público y a cargo de casi todos los colombianos que generan este pago de impuestos y que las regalías y ventas, situaciones tienen que entrar a aparezca este déficit fiscal que se está ocasionando a raíz de las decisiones que vienen con ocasión de la jurisprudencia de la honorable Corte Suprema de Justicia, sin tener en cuenta argumentos tales como estos deberes del consumidor financiero y poniendo toda las cargas de la información ante los fondos, cuando en dicha data no se generó y fue un déficit más allá de los fondos de pensiones de Colpensiones del instituto de seguros sociales, del legislador que no previó estas situaciones y que se vinieron a dar cuenta 20 años después por el tema de mesada pensional que en el presente caso vale insistir ante el honorable tribunal el demandante ni siquiera sabe cuánto será su mesada pensional en el régimen de prima media el cual puede ser igual al que obtendría en régimen de prima media y el régimen de ahorro individual, sin embargo no se sabe cuánto va a ser su mesada, sin embargo por oídas que el escucho que sus compañeros están mejor pensionados en el régimen de prima media decidió entablar esta acción judicial simplemente alegando una falta al deber de información, sin embargo a la actualidad poco sabe que es lo que más le beneficia a él, si estar en un régimen o en el otro régimen.

Igualmente su señoría tenemos, honorables magistrados, deben darse cuenta en el interrogatorio de parte el demandante indicó que lo hizo de manera libre y voluntaria y que lo hizo



bajo su ignorancia, sin embargo aquí debemos echar mano poco a lo contemplado en el código civil artículo 1599 frente a la ignorancia de la ley que no encontramos frente a un error de derecho el cual no vicia el consentimiento en ningún aspecto. Igualmente, insistir en el tema de la ratificación por actos de relacionamiento, en este caso el demandante hizo un traslado horizontal de protección a porvenir en el año 2008, lo cual le permite aplicar el artículo 1752 y 1754 del código civil, en el cual se insiste que se ratifica esta voluntad por la permanencia en el mismo por la voluntad de pasarse a otro fondo en el fondo horizontal que es Porvenir por realizar todas actuaciones encaminadas a cumplir ese contrato privado de ellos, situaciones que ruego sean tenidas en cuenta para romper este precedente de la honorable corte suprema de justicia en relación a las ineficacias de traslado.

Por último, en caso de confirmar la decisión, ruego se modifique el numeral atinente a que se tenga que mi representada lo tenga como afiliado a partir de la ejecutoria de la sentencia, teniendo en cuenta que esto haría la exigibilidad al otro día y se iniciarían procesos ejecutivos y sin embargo mi representada no podía tenerlo como afiliado a partir de la ejecutoria de la sentencia porque tiene un trámite interadministrativo de traslado de rendimiento, el cálculo de las indexaciones, este es un tema que tarda el traslado de un fondo a otro por un tema de Asofondos, de la actualización de la historia laboral, la validación de las mismas, si faltan semanas por lo cual difícil sería que mi representada tuviera como afiliado a partir de la ejecutoria de la demanda y ruego como se ha venido realizando en otros circuitos judiciales se otorguen unos plazos más amplios respecto de Colpensiones para evitar acciones ejecutivas en contra de las mismas otorgando unos términos más razonables de cuatro meses o una vez se realice el traslado de los dineros a Colpensiones se mantenga como afiliado, ruego se modifique este numeral para que se indique que mi representada lo puede tener como afiliado una vez el fondo de pensiones privado traslade todos los dineros que obran en la cuenta de ahorro individual del señor José Vicente Romero Orozco para evitar posibles procesos ejecutivos cuando aún no es posible la exigibilidad del derecho frente a la administradora colombiana de pensiones, en este sentido dejo mi recurso de apelación ante el Honorable Tribunal reiterándose revoque la sentencia de primera instancia.”

Porvenir

“Por parte de Porvenir S.A. de manera muy respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión emitida por este despacho solicitando si al honorable Tribunal Superior de Cundinamarca, sala laboral, revocar en su integridad y en ese sentido se sirva absolver a Porvenir S.A. de todas y cada una de las condenas contra el impuestas, así de conformidad con siguientes consideraciones: en primer lugar honorables magistrados, sea preciso señalar que si bien ya existe una amplia y pacífica línea jurisprudencial planteada por parte de nuestra honorable Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que esta alta corporación ha indicado que la misma no se podrá aplicar de manera homogénea en todos aquellos procesos en donde soliciten bien la nulidad o la ineficacia de la afiliación en cumplimiento de ese deber de información que recaía en cabeza de los fondos privados, toda vez que debe haber una similitud de las condiciones fácticas de cada caso, situación que pues en el asunto que nos ocupa no se verifica, toda vez que el traslado al régimen pensional efectuado por la aquí demandante a través de la AFP Protección en el año 99 es completamente valido ya que el mismo estuvo precedido de la debida asesoría, el mismo se dio de manera libre, consciente sin que en momento alguno mediara algún tipo de coacción o apremio por parte de los promotores comerciales de este fondo privad en ese sentido se advierte que no se vieron vulnerados los derechos que le asistían a la parte actora



mucho menos el derecho a la libre elección en los términos señalados en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que el actor contó con los elementos de juicio suficientes para poder determinar que régimen pensional le convenía más para su futuro pensional.

Por otro lado honorables magistrados se advierte que no puede entenderse que la firma del formulario suscrito por el actor únicamente implique la aceptación de las condiciones al régimen al que pretendía su traslado y que el mismo no denote de manera irrefutable el conocimiento que el actor tenía sobre los beneficios y además las condiciones que acarrearía su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad o además que este formulario de afiliación no sea considerado como un medio probatorio suficiente para poder acreditar la existencia de un consentimiento informado pues se tiene que por expresa disposición legal era a través de dichos formularios y además las leyendas que se encuentran allí consignadas o señaladas que los fondos de pensiones cumplían con los deberes de información expuestos por parte del mismo legislador.

Ahora bien en lo que respecta a la condena impuesta a mi representada tiene que trasladar a Colpensiones los respectivos gastos de administración porvenir deberá apartarse respetuosamente de la misma pues resulta inequitativo con este fondo ya que lo está despojando de unas sumas que fueron causadas por su correcta actividad administradora durante el tiempo que la accionante estuvo vinculado a mi representada y cuya diligencia fue precisamente el origen de los rendimientos financieros de los aportes generados en ese espacio de tiempo. Así mismo se advierte que como quiera que ha sido la misma ley 100 de 1993 la que le ha concedido la posibilidad y a los fondos tanto del régimen de prima media como al régimen de ahorro individual con solidaridad de destinar del total de los aportes realizados por los afiliados al sistema ese 3% para cubrir entre otros los gastos de administración y por ser precisamente esta suma la remuneración que reciben los fondos por su correcta gestión, no puede ordenarse entonces el reintegro de los mismos ya que de admitirse tal posibilidad sin que exista algún tipo de compensación para mi representada estaría entonces avalando verdaderamente un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones que esa entidad se verá beneficiada con dicha situación al tener que recibir no solamente los rendimientos financieros sino también precisamente aquellas sumas que se destinaron para poder cubrir precisamente o poder generar más bien esos rendimientos financieros que hoy reposan en la cuenta de ahorro individual del aquí demandante y se advierte supera con creces los aportes pensionales que el mismo realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Aunado a lo anterior pues es pertinente señalar que aun cuando el accionante no se hubiera traslado al régimen pensional o incluso hubiese permanecido vinculado al régimen de prima media un porcentaje de la cotización también se hubiere destinado a cubrir los gastos de administración y también las primas de seguros previsionales tal y como lo advierte el artículo 20 de la ley 100 del 93, por lo que se advierte que este porcentaje no estaría llamado a financiar la pensión de los afiliados ni en el rais ni en régimen de prima media, en ese sentido no debería llegar a desconocerse la gestión que realizó porvenir s.a. por el tiempo en que demandante mantuvo su vinculación a este fondo privado.

Finalmente, y en caso de que se llegue a confirmar la presente decisión en el sentido de declarar la ineficacia de la afiliación del actor al Rais de manera muy respetuosa se le solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativos a la indexación de los valores que fueron objeto de condena en la medida en que igualmente también se dispuso a porvenir S.a. a devolver los rendimientos del capital que se encontraran en la cuenta de ahorro individual del



aquí demandante ello es así porque como ya bien lo ha señalado tanto el tribunal superior del distrito judicial de Cundinamarca así como también el tribunal superior del distrito judicial de Cali, esta última corporación concretamente en sentencia 018 de 2019 473 se ha determinado de que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda incluso llegando a revocar aquella orden impuesta en primera instancia respecto de la indexación en ese sentido honorables magistrados, en caso de confirmar la declaratoria de ineficacia de manera muy respetuosa se les solicita tener en cuenta la sentencia anteriormente señalada con el fin de que se revoque la orden impartida a porvenir de trasladar los valores objeto de condena de manera indexada.

Es por todo lo anterior que nuevamente de manera muy respetuosa solicito así a los honorables magistrados de tribunal superior de Cundinamarca, sala laboral, revocar en su integridad la decisión emitida por el juzgado primero laboral del circuito de Zipaquirá en ese sentido absuelvan a mi representada de todas y cada una de las condenas contra ella impuestas.”

5. Alegatos de conclusión. Únicamente se recibió escrito de Porvenir S.A., quien reiteró que brindó la información necesaria al demandante para la afiliación al RAIS. Además, que el demandante no manifestó objeción alguna en el momento.

Aseveró que la entidad garantizó las exigencias vigentes al momento de la afiliación, advirtiendo que no se exigía una información tan rigurosa como en la actualidad.

Sostuvo que el demandante pudo retornar al Régimen de Prima Media, empero desechó todas las opciones, fidelizando la gestión de los fondos privados, encontrando que luego de 22 años contados a partir del traslado, solicita el traslado de manera extemporánea y conveniente.

Alegó que no era viable la condena en indexación realizada por la jueza de instancia y para el efecto citó la sentencia emitida en el proceso “2021-111-01”, en el cual, según su dicho no se accedió a tal pedimento.

6. 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 los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó el juez a quo, o, por el contrario, no hay lugar al mismo y por lo tanto deba absolverse a Colpensiones de las suplicas de la demanda? (ii) ¿es viable ordenar el traslado de los aportes de manera indexada?



7. 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.

8. Resolución al (los) problema (s) jurídico (s).

De antemano, la sala anuncia que la sentencia consultada y apelada será **confirmada.**

9. 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, SL3802 de 2022.

Consideraciones

i) ¿se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó el juez a quo, o, por el contrario, no hay lugar al mismo y por lo tanto deba 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)

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 demandante estuvo afiliado al RPM desde el 19 de octubre de 1976, que el 27 de mayo de 1999 suscribió el formulario de afiliación al RAIS y que nació el 5 de abril de 1959, pues tales situaciones fácticas no fueron controvertidas por las partes.



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.

Así las cosas, 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 Protección S.A. y luego al trasladarse a Porvenir S.A., hubiese recibido información clara, cierta, 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 Protección S.A. y 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 cuando se realizó la afiliación a ING hoy Protección le hicieron una reunión grupal en la que le informaron que el Instituto de Seguros Sociales y Cajanal las liquidarían y cuando se trasladó a Porvenir esto lo hizo la empresa en la que trabajaba, pero no recibió información alguna.

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 2 de junio de 2021, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, 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 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).

Así las cosas, 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 Protección S.A. o Porvenir S.A. hubiesen 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.

Ahora, lo alegado en torno a que en la época del traslado no se debía otorgar una información 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 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 las demandadas AFP Porvenir ni 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 (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 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



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 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: *“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 tanto, no se lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, ni se presenta 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).

Respecto de 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)” (Negrillas propias de la Sala - SL3593-2022 Rad. 90734).

(ii) ¿Es viable ordenar el traslado de los aportes de manera indexada?

En torno a la indexación, se duele la demandada Porvenir S.A. por cuanto a su juicio se generaría un doble pago y citó providencia emitida por esta Corporación en torno al tema.

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).”

En atención a lo planteado por la Corte Suprema de Justicia, se debe recoger mi criterio plasmado en la sentencia del 21 de junio de 2022, en el



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

proceso hincado por Felisa León Poveda en contra de Colpensiones y otros bajo radicación 25899 31 05 02 2021 00111 01.

Por consiguiente, la jueza de instancia no erró en su conclusión.

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

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: Confirmar la sentencia apelada y consultada, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

Segundo: Sin costas en esta instancia.

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.

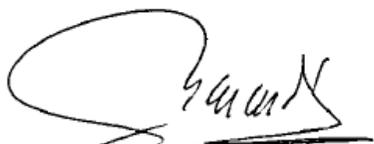
Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado