



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25307 31 05 001 2021 00151 01

William Roberto Tovar Luna vs. Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y otro.

Bogotá D. C., dos (02) de mayo de dos mil veinticuatro (2024).

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala a resolver los recursos de apelación presentados por Colpensiones y Porvenir, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre los puntos no apelados de la sentencia condenatoria proferida el 09 de febrero de 2024 por el Juzgado Único 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: William Roberto Tovar Luna promovió proceso ordinario laboral contra **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y 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, administrado por Porvenir S.A., en consecuencia, pide que se condene a Porvenir a devolver a Colpensiones los valores obtenidos por su vinculación a la AFP, correspondientes a cotizaciones, bonos adicionales, con todos sus rendimientos generados e intereses, lo *extra y ultra petita* y costas.

Y a Colpensiones, actualizar, corregir su historia laboral y recibir los valores que entregue Porvenir S.A.

Como supuesto factico de lo pretendido manifestó, en síntesis, que nació el 17 de febrero de 1959, efectuando cotizaciones en el Instituto de Seguro Social, hoy



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

Colpensiones, desde el 01 de septiembre de 1978 hasta el 30 de septiembre de 1997, dice que el 1° de octubre de 1997 la AFP Porvenir, lo trasladó de régimen pensional; que previo a su afiliación no se le realizó un estudio anticipado, individual y concreto sobre las ventajas y desventajas de permanecer o trasladarse de régimen, tampoco se le informó la fecha probable de pensión y su monto, ni las comisiones que cobrarían por el dinero ahorrado a dicho fondo y los riesgos financieros que asumiría el afiliado.

Añade que a la fecha de presentación de la demanda, contaba con 62 años pero no con las semanas cotizadas para el derecho a la pensión de vejez, motivo por el cual se acercó al fondo Porvenir SA para solicitar información sobre su proyección de mesada pensional, donde le afirmaron que sería liquidada por un valor similar a 1 SMLMV, teniendo en cuenta que el ingreso base del cotizado siempre fue muy superior a los 2 SMLMV

2. La demanda se admitió por el Juzgado Único Laboral del Circuito de Girardot mediante auto del 21 junio de 2022, disponiendo su notificación y traslado de rigor.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que las mismas no están llamadas a prosperar, especialmente la relacionada con el hecho de que Colpensiones acepte la vinculación de la parte demandante, al sistema de seguridad social de prima media con prestación definida por lo siguiente: Para la fecha en la cual la parte demandante solicitó ante Colpensiones el retorno, contaba con 61 años de edad, esto es, cuando se encontraba dentro de una prohibición legal. De otro lado, manifestó que al momento de la afiliación al RAÍS se encontraba frente a una mera expectativa, ya que a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994 el accionante, contaba con 35 años de edad y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicio, para querer regresar al RPM en cualquier tiempo.

Además manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese inducido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del



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

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 de la parte actora, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso el gestor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

En su defensa propuso las excepciones de mérito de 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 de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, y la innominada, o genérica.

3.2. Porvenir S.A., también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, y en resumen su defensa se centra en que el demandante suscribió formulario de afiliación de forma libre, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza. Que el demandante ratificó su traslado al no hacer uso del derecho de retractarse de la afiliación al Fondo de Pensiones administrado por Porvenir de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, manifestando por escrito su decisión en ese sentido, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su vinculación, por lo cual quedó válidamente afiliado a la AFP Porvenir. Se debe resaltar que conforme el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, existe prohibición expresa sobre el traslado de régimen a quien le faltase 10 años o menos para llegar a la edad pensional, y en el presente caso, el demandante al interponer la acción contaba con más de 52 años de edad. Igualmente, indica que no es posible declarar la nulidad de la afiliación de William Roberto Tovar Luna al fondo privado Porvenir SA, toda vez que su consentimiento no se vio afectado ni por error, ni por dolo según el artículo 1509 del Código Civil, y además, dentro de las actuaciones desplegadas por la AFP Porvenir, se cumplió a cabalidad con el deber de información, como se deja ver de las documentales



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

allegadas donde se le manifiesta toda la información que este requiere sobre su situación personal.

Presentó 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 C789 de 2002 y C1024 de 2004, SU062 de 2010 y SU 130 de 2013, encontrarse incurso en prohibición de traslado de régimen el demandante literal A artículo 2 Ley 797 de 2003, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo, y la genérica

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

4. Sentencia de primera instancia.

El titular del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia proferida el 09 de febrero de 2024, resolvió: *“1. Declarar la ineficacia de la afiliación del señor William Roberto Tovar Luna a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. suscrita el 30 de agosto de 2001, que fue absorbido por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, conforme 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 tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. 2. Condenar a la demandada a la 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 William Roberto Tovar Luna, como la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; los porcentajes y aportes depositados en el fondo de garantía de pensión mínima, los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, las primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia; valores que deberán ser igualmente indexados al momento de su traslado, conforme con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, concediéndosele el termino de 10 días siguientes a la ejecutoria de la presente 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 los justifiquen. 3. Declarar que el señor William Roberto Tovar Luna es merecedor del reconocimiento y pago de la pensión de vejez establecida en la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, y a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, conforme con lo expuesto. 4. Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones” que dentro del término de 20 días siguientes al recibimiento de traslado de valores pertenecientes al actor por parte de Porvenir S.A., y el demandante demuestre la desafiliación del sistema general de pensiones, expida y notifique el correspondiente acto*



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

administrativo por medio del cual se dé cumplimiento a la presente decisión, realizando la liquidación de la correspondiente prestación pensional con base en los arts. 33 y 34 de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, estableciendo que la fecha del reconocimiento pensional lo será a partir de la fecha en que el demandante demuestre la desafiliación al sistema general de pensiones y proceda al pago de la misma. 5. AUTORIZAR a la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones” a descontar del retroactivo pensional, si lo hubiere, el valor de la totalidad de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, con la finalidad de que las transfiera a la entidad administradora de salud – EPS a la que se encuentre afiliado el demandante. 6. Declarar que prospera la excepción de no procedencia al pago de costas, propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, conforme con lo expuesto. 7. Declarar imprósperas las demás excepciones de mérito propuesta por la parte demandada. 8. 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 2 smlmv a favor de la parte demandante. 9. En caso de no ser apelado el presente fallo, consúltese ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Cundinamarca, conforme al art. 69 del C.P.T.”

5.- Recurso de apelación.

5.1 De la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones: “...Siendo el momento procesal oportuno, presento el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en esta instancia, y lo argumentó de la siguiente manera. Sigo considerando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiere incurrir o inducir en el error o falta del deber de información por la AFP, o que se está en presencia de algún vicio de consentimiento como error, fuerza o dolo. Asimismo, no se evidencia dentro de las solicitudes, nota de fomento, una prueba que permita inferir una probabilidad de certeza alguna 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 presiones indebidas; igualmente, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU062 del 2010, por lo cual no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la ley 797 del 2003, el cual modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 del 93, el cual reza que después de 1 años de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; es necesario precisar que el señor William probar a la fecha de la entrada en vigencia la Ley 100 del 93, esto es al 01 de abril del 94, contaba con la edad de 35. Toda vez que el demandante ha nacido el 17 de febrero del 59 y no cumplía con el requisito de las 750 semanas de cotización o 15 años de tiempo de servicio, por tanto, el accionante no puede ser beneficiario del régimen de transición referido en el artículo 36 de la ley mencionada anteriormente, razón por la cual no recibo que pretenda regresar al régimen de prima media con prestación definida, como así lo solicita. En cuanto al reconocimiento de la pensión, pues por obvias razones, si se niega la nulidad del traslado, no procedería dicha pensión, por lo cual solicito, respetuosamente su señoría, se me conceda mejor dicho el recurso en efecto suspensivo ante el Honorable Tribunal Sala Laboral, para que este revoque la decisión tomada en esta instancia...”



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

5.2 De Porvenir SA: *“...En el momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia aquí dicta, el cual sustento de la siguiente manera. A pesar de lo mencionado en la parte motiva de esta sentencia encontramos que pues el demandante se encuentra sujeto a la prohibición legal indica en el artículo 13 de la Ley 1000 de 1993, en la cual se indica que las personas que le faltan en 10 años o menos para llegar a la pensión de vejez, no podrá entrar a la base de régimen. Como es el caso del aquí demandante, pues a la fecha en que se dicta el presente fallo, el mismo se encuentra en medio en esta proyección legal. Así como como que se encuentra inmerso el momento en que le solicita a la AFP y a la Administradora colombiana de pensiones, Colpensiones, su retorno al régimen administrado por esta última. De igual forma, como se menciona en la contestación de demanda, encontramos que el demandante contaba con un plazo de 5 días hábiles siguientes a la fecha de vinculación al RAIS para retractarse dicha vinculación, o anterior, conforme a lo indicado en el decreto 1161 de 1994, el cual establece un término de 5 días, el término, el cual no fue utilizado por la parte demandante, perfeccionando así su vinculación con esta AFP. De igual forma debe tenerse en cuenta que en este proceso opera la prescripción conforme al artículo 1750 Código Civil, en concordancia con el artículo 145 del código de procedimiento laboral, por lo que no es viable la ineficacia de la afiliación en esta instancia; de igual forma, decretar dicha nulidad o ineficacia pone en riesgo la estabilidad financiera del sistema de Seguridad Social en pensiones, pues se estaría yendo en contra de lo indicado en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 del 2003 y el acto legislativo 01 del 2005, de igual forma se estaría yendo en contra de lo indicado por. La Corte Suprema de Justicia en el siguiente acápite, según fallo de radiación CJSJ 3752 Magistrado Ponente Ana María Muñoz, la cual indicó la teoría de los actos propios actos de relacionamiento en la cual pues esta colegiatura indicó que dicha teoría se basa en que el deber de actuar de buena fe es una norma constitucional y que pues los demandantes o los afiliados, pues no podrán desconocer las consecuencias de sus propios actos o de sus propias decisiones, y más teniendo en cuenta el tiempo que han transcurrido afiliados a este sistema. De igual forma, pues en este proceso no se puede ordenar la devolución de dineros como los rendimientos, en vista que pues estos conceptos son propios del del sistema del RAIS, pues eso se hace gracias a las inversiones y reinversiones que se hacen de cada cuenta ahorro individual de cada afiliado para garantizar estos dineros para ser utilizados en la pensión de vejez con posterioridad, conforme a ello, pues el declarar el retorno de esos dineros al RPM, configuraría consigo un enriquecimiento sin justa causa a favor de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones y del afiliado, pues estarían engrosando su patrimonio y pues estaría pasando por alto las restituciones mutuas que se deben dar en ese proceso. De igual forma encontramos que no se puede ordenar la devolución de gastos de administración, pues la Comisión de Administración se encuentra dirigida a retribuir las diferentes actividades que desarrollan las administradoras de pensiones y no está destinada a financiar una pensión como sería la de vejez, por lo tanto, pues el sol es cuánto son de carácter legal para garantizar el funcionamiento y las actividades que hace mi representada en aras de garantizar los rendimientos anteriormente mencionados, conforme a ello, pues estas son obligaciones que son de Ley para garantizar el debido funcionamiento y el sostenimiento de cada. Administradora de fondos. De igual forma, existe una imposibilidad de retornar dineros por concepto del Fondo de Garantía de pensión mínima, en vista a que pues este 1.5% de cotización tal cual lo ha indicado el Consejo de Estado en radicación interna 2476, el 1.5% de cada cotización se encuentra dirigida a una subcuenta*



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

o un fondo común en el cual puedes permitir a los afiliados que cuenten con las 1150 semanas, pero no el capital suficiente para financiar una pensión, puedan acceder a una pensión, así sea de un salario mínimo, conforme a ello, el Fondo de Garantía de pensión mínima se constituye bajo el principio de solidaridad, pilar fundamental del sistema de Seguridad Social, para que pues los afiliados obtengan como tal verdaderas pensiones y no meras devoluciones de saldos, pues se cumplirían los requisitos frente a la densidad de semanas para hacerse acreedor a una pensión equivalente, cuando menos a un salario mínimo legal mensual vigente. Por lo anteriormente mencionado, encontramos que existen rubros de la cuenta ahorro individual que no podrán ser trasladados al régimen de prima, pues su traslado, constituiría un desequilibrio en las finanzas de las AFP que conforman el RAIS, por lo que ordenar el traslado de los configuran amenaza al equilibrio financiero del sistema pensiones, como tal, ya que se estarían redimiendo dineros como los rendimientos que son propios de RAIS a un sistema como el RPM, en la cual está figura no existe. Conforme a lo anteriormente mencionado, le solicité al Honorable Tribunal Sala Laboral de Cundinamarca, que estudie a fondo del recurso aquí planteado hoy y el cual se extenderá un poco más una vez se emitan y se corra traslado para presentar alegatos de conclusión nuevamente, para que en su lugar se proceda revoca la decisión aquí tomada y se observa mi representada en vista que pues el demandante se encuentra en una prohibición legal y que si se ha ordenado la entrega de unos rubros, productos de la cuenta ahorro individual, los cuales pues no se podrán trasladar en vitales y equilibrio que generaría en la economía del RAIS...”

7.- Alegatos de conclusión. En el término de traslado solo la parte demandada Porvenir SA presentó alegaciones de segunda instancia, insiste en la prohibición legal del traslado de régimen, la prescripción de la acción mediante la cual se pretende la nulidad del traslado del RPM al RAIS, la imposibilidad de retornar los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima y los valores indexados, el enriquecimiento sin causa si no se dan las restituciones, la imposibilidad de la devolución de los gastos de administración. En consecuencia, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se denieguen las pretensiones de la demanda

8.- 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 verificar si es dable declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó la jueza a quo junto con sus consecuenciales, o, por el contrario, no hay lugar al mismo como lo opone Colpensiones y Porvenir.

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



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

De antemano, la sala anuncia que en grado de consulta se **revocará** los numerales tercero, cuarto y quinto y se **confirmará** en lo demás la sentencia de primera instancia.

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, SL3802 de 2022, CSJ SL2105-2023, CSJ SL387-2024, CSJ SL509-2024.

Consideraciones

¿Erró la jueza de instancia al concluir que se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, o, por el contrario, no hay lugar al mismo?

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 2007, 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



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

“...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*



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

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).

Finalmente, el Tribunal precisa que si bien obra comunicado de prensa de la Corte Constitucional de 9 de abril de 2024, mediante el cual se anuncia el sentido de la sentencia SU-107/24, aún no se tiene acceso a la misma, dado que no ha sido publicada la providencia, simplemente se expone que la alta corporación constitucional modulará el precedente de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, en materia probatoria, debido a problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; sin embargo, esta Sala desconoce, como se dijo, su contenido, por la sencilla razón que no se encuentra aún escrita en el canal digital de la Colegiatura, por lo tanto lo informado en el mentado comunicado no es vinculante y en todo caso, hasta no conocer su contenido el Tribunal continúa acogiendo el criterio ilustrado por nuestro máximo organismo de cierre en materia laboral y de la seguridad social, sin perjuicio que en un nuevo estudio, de ser el caso, sea recogido.



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

Elucidado lo anterior, y, de acuerdo con los antecedentes normativos y jurisprudenciales citados, la senda de estudio únicamente puede seguirse desde la óptica del deber de información que tuvo que acontecer en el traslado de régimen pensional.

En el presente caso, se encuentra probado, y no fue objeto de apelación, que el demandante estuvo afiliado al RPM a través de cotizaciones públicas al Instituto de Seguro Social, hoy Colpensiones, desde el 01 de septiembre de 1978, las que hoy en día se encuentra registradas en Colpensiones, que el 28 de septiembre de 1997 suscribió formulario de afiliación al RAIS con Porvenir.

En el asunto, la jueza de instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS efectuado el 28 de septiembre de 1997 a Porvenir S.A., al considerar que, de acuerdo con la actual línea jurisprudencial de nuestro máximo órgano judicial, se omitió el deber de información al accionante, el que debió cumplirse en el traslado de régimen pensional.

Entonces, observa la Sala que en este caso no se cumplieron 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 del RPM a Porvenir S.A. hubiese recibido información clara, cierta, comprensible, oportuna y suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento.

Y es que la circunstancia que el gestor haya firmado el formulario preimpreso de afiliación, con ese sólo acto no se garantiza el cumplimiento del deber de información que le asistía a Porvenir S.A. frente al demandante; ni permite tener por satisfecha tal obligación, pues para garantizar una libertad informada y que el potencial afiliado fuera consciente de las implicaciones de su decisión, era necesario ponerle de presente las consecuencias y riesgos de permanecer en uno u otro régimen pensional, lo cual es posible solo si la AFP brinda información objetiva, comparada y transparente sobre las características del RPM y el RAIS, lo que no quedó establecido en el plenario.



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

En el interrogatorio de parte, el demandante reitero los argumentos expuestos en su demanda sin que se hubiesen generado las consecuencias establecidas en el art. 191 del CGP, esto es no verso sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al gestor o que favorezcan a las demandadas.

Por consiguiente, analizada la demanda, de cara a lo ponderado por la juzgadora de instancia, en particular los hechos del libelo, se logra establecer la ausencia de la debida información, dado que fue insistente en afirmar en el libelo que la AFP accionada no le suministró en su momento de manera detallada, completa y fundamentada toda la información necesaria relacionada con el traslado.

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

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

Ahora, lo alegado, en torno a que en la época del traslado para el suministro de la



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

información bastaba con la suscripción del formulario, sin que fuera tan exigente, como en la actualidad, y que bajo tal afirmación se cumplieron con los requisitos al momento del traslado, debe decirse que el requisito exigido a la AFP deviene desde el numeral 1° 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 la demandada Porvenir S.A.

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

Referente a lo esgrimido por Colpensiones, sobre la falta de acreditación de vicios de consentimiento, baste con señalar que lo declarado fue 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 el demandante para interponer la acción de rescisión por vicios de nulidad, consagrada en el artículo 1750 del C.C., como Colpensiones lo aduce (Sent. SL4360 de 2019 reiterada en Sent. SL 4161 de 2020). De tal manera que se enrumbo la causa ante la mentada ineficacia, e inclusive la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sus actuales criterios enseña que ante una situación como la que hoy concita la atención de la Sala, es dable declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad.

De otra parte, frente a que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS conlleva al enriquecimiento sin justa causa de



Colpensiones, como lo sostiene al AFP Porvenir; 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 7° 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.

Interesa precisar que la ineficacia declarada, conlleva la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de la AFP donde estuvo afiliado el demandante, a Colpensiones; 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 la accionante, de ser el caso, en el régimen de prima media con prestación definida.

Además, la Corte Suprema de Justicia ha señalado, de forma reiterada, que todas las AFP deben trasladar estos montos con cargo a su patrimonio, tal y como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019,



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

SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

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...”*

Y es que la AFP está obligada 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).

Aunado a lo dicho, cumple mencionar que nuestro máximo organismo de cierre ha señalado que los gastos de administración, pólizas de seguro previsional y comisiones deben ser retornados a Colpensiones por la AFP, por el tiempo de vinculación del afiliado, indexados, conforme con las sentencias SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022, SL4322 de 2022, CSJ SL2105-2023, CSJ SL387-2024, CSJ SL509-2024, Entre otras, providencias donde la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos por la AFP con cargo a sus propios recursos.



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

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).

En esa medida, esta Sala concluye que no erró la jueza a quo al declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS, por lo que por este aspecto se confirmará la sentencia de primera instancia.

De otra parte y con ocasión de la revisión integral de la sentencia de primer grado en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, no hay duda que la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen pensional, si bien conlleva a considerar que el demandante siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tal circunstancia no implica la posibilidad de ordenar el reconocimiento de la eventual pensión de vejez a la que tenga derecho el afiliado, por cuanto hasta que la AFP accionada no efectúe el traslado de las sumas ordenadas no es posible definir aspectos determinante de tal prestación, como lo son el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, ingreso base de liquidación y fecha de disfrute de la pensión, más aún cuando el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 señala que son aplicables al actual Sistema General de Pensiones las disposiciones vigentes para los seguros a cargo del extinto Instituto de Seguros Sociales, lo cual remite al Acuerdo 758 de 1990, norma que en sus artículos 12 y 35 condiciona el disfrute de la pensión a la desafiliación del régimen. En consecuencia, se revocará el reconocimiento pensional ordenado en la sentencia de primer grado.

Así quedan resueltos el recurso de apelación de Colpensiones y Porvenir, así como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones.

Costas a cargo de Colpensiones y Porvenir, en su liquidación inclúyanse la suma de \$2.600.000 por concepto de agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito**



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

Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero: Revocar los numerales 3º, 4º y 5º de la sentencia apelada en cuanto a lo relacionado con el reconocimiento de la prestación económica, por lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

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

Tercero: Condenar en costas al extremo pasivo, en su liquidación inclúyanse la suma de \$2.600.000 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

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

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

(En uso de permiso)
JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado