



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

**Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán**

**Expediente No. 25290 31 12 002 2022 00135 01**

José Víctor Marcelo Andrade vs. Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y otros

Bogotá D. C., cinco (05) de abril 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 las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia condenatoria proferida el 30 de noviembre de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Fusagasugá - 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 Víctor Marcelo Andrade promovió proceso ordinario laboral contra **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y 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, efectuado por Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a Porvenir S.A., a aceptar la nulidad de la vinculación, que retorne al demandante y devuelva los valores obtenidos por su vinculación a la AFP correspondientes a saldos o aportes pensionales, rendimientos financieros, cobros y gastos de administración, y al pago de una suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes por la conducta atentatoria contra el derecho pensional del demandado; y a Colpensiones a recibirlo como afiliado junto con los conceptos antes mencionados, lo *extra y ultra petita* y costas.



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

Como supuesto factico de lo pretendido manifestó, en síntesis, que nació el 07 de mayo de 1948; se vinculó al Centro Administrativo Municipal de Fusagasugá iniciando el 02 de febrero de 1998 para desempeñar el cargo de jardinero de la U.M.A.T.A en provisionalidad.

Informa que el 02 de febrero de 1999 sufrió un accidente laboral cuando una piedra impactó en su ojo izquierdo, y no tenía medidas de protección ya que no se las había suministrado su empleador, que por esa circunstancia, a partir del 03 de febrero de 1999 fue remitido a diferentes centros hospitalarios, siendo incapacitado por un término de 3 días y en la consulta del 20 de febrero de 1999 del Seguro Social Salud quedó constatado una suma de 10 días de incapacidad; además, continuó con controles médicos y procedimientos quirúrgicos, terminando con enucleación ocular izquierda.

Asegura que al momento de solicitar su pensión de invalidez, se enteró que su fondo de pensión ya no era el ISS, y que mediante documento suscrito por el Director de Afiliaciones y Traslado de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, del año 2007 se le informó que presentaba un conflicto de multifiliación al sistema general de pensiones, manifestando que se encontraba válidamente afiliado a dicho fondo en virtud de su firma en el formulario suscrito el 15 de febrero de 1999; como consecuencia, acudió directamente a Porvenir S.A. para que le informaran lo sucedido y solicitar cambio a su antiguo fondo, pero la respuesta siempre fue que no era posible el traslado porque le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho de pensión. Aunado a lo anterior, manifiesta que, al obtener el formulario de traslado a Porvenir S.A., se percata que es del 15 de febrero de 1999, es decir, 13 días posterior al accidente ocurrido, y refiere que no lo firmó él o lo hizo bajo medicación e incapacidad, por ende, engañado toda vez que su voluntad nunca fue trasladarse de fondo

Expresa que 20 de abril de 2001 mediante Junta Regional de Calificación de Invalidez fue calificado con pérdida de capacidad laboral de 30.10% derivado del accidente de trabajo del día 2 de febrero de 1999; y posteriormente, el 25 de marzo de 2004, la misma junta lo calificó con pérdida de capacidad laboral de 34.13% por lumbalgia crónica y limitación funcional de manos, es así como se da un total de 64.23% de pérdida de capacidad laboral. Sin embargo, para el 16 de mayo de 2004



la Junta Nacional de Calificación de Invalidez realiza un nuevo dictamen y le establece una pérdida de capacidad laboral total de 51.17%.

Insiste que nunca se acercó a Porvenir S.A. para asesorarse y firmar documentos de traslado, antes o después del accidente, tampoco tuvo contacto con algún asesor del mencionado fondo, es más, no le suministraron información idónea y objetivamente verificable, tampoco le realizaron una eventual simulación o comparación sobre el derecho pensional al que accedería, en conclusión, aduce que se le indujo de manera inapropiada a vincularse al Régimen de Ahorro Individual sin mediar manifestación por escrito de su parte.

Informa que en el año 2011 realizó solicitud de traslado a través de apoderado judicial al ISS, hoy Colpensiones y a Porvenir S.A., la cual fue negada mediante oficio el 01 de febrero de 2012 por parte del ISS, hoy Colpensiones, en razón a tener más de 50 años y contar con menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión. Sin embargo, manifiesta que, desde su fecha de afiliación, ha estado gestionando ante Porvenir S.A. el traslado al Régimen de Prima Media, y, además, que actualmente no cuenta con la calidad de pensionado, puesto que sigue cotizando.

2. La demanda se admitió por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá, mediante auto del 11 de julio de 2022 (pdf 5), ordenándose notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, y a las demandadas, disponiendo su traslado de rigor.

### **3. Contestación de la demanda.**

**3.1. Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.,** contestó con oposición a las pretensiones a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que: *“el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento, Conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS. Así mismo, y tal como se desarrollará a lo largo de este escrito, en el presente caso, no se dan los supuestos*



*necesarios para declarar la ineficacia y/o nulidad de la afiliación del demandante al RAIS, por el contrario, se evidencia que el accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones. Si bien, el demandante alega una falencia en la información entregada por los fondos de pensiones a los cuales ha estado afiliada, debe tenerse en cuenta que, la estructura y condiciones del RPM y del RAIS se encuentran cabalmente estipulados en la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, por lo que no resulta plausible que el demandante alegue que no fue asesorado de manera completa, clara veraz, oportuna, adecuada, suficiente y clara sobre las diferencias de los regímenes, los beneficios y desventajas al momento de suscribir el formulario de afiliación a Porvenir. Así mismo, es indispensable señalar que no es viable que el demandante alegue hoy, más de 22 años posteriores a su traslado inicial de régimen pensional, la voluntad de retornar al RPM, cuando teniendo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto no lo hizo y, teniendo la posibilidad de trasladarse de régimen, resolvió continuar haciendo sus aportes. Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente señalar que, para la fecha del traslado del RPM al RAIS, los fondos de pensiones contaban con unas obligaciones establecidas de manera expresa en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, por lo cual no se puede imponer a las administradoras de pensiones obligaciones que no se tenían para el momento en que se efectuaron las afiliaciones. Nótese que, sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las AFP adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso 4° del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, que indica: “En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto...”*

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

**3.2. Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones** contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar: “Se advierte en el presente caso las que pretensiones del señor JOSÉ VÍCTOR MARCELO ANDRADE, no están llamadas a prosperar, especialmente la relacionada con que COLPENSIONES acepte la



*vinculación del demandante, al Sistema de Seguridad Social de Prima Media con Prestación Definida, quien presento traslado del RPM al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A, el 15 de febrero de 1999, al no existir una decisión informada, autónoma y consciente y en consecuencia sea traslado al RPM por las siguientes razones: Descendiendo al caso objeto de estudio se hace necesario manifestar que COLPENSIONES nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y las AFP's demandadas, es decir, no existió injerencia alguna por parte mi representada para que el demandante tomara la decisión de trasladarse de régimen pensional, por lo que en caso de alguna eventual condena la llamada a responder no sería Colpensiones. Aunado al hecho de la teoría del daño manifiesta que quien lo causa es quien debe repararlo, así las cosas no es COLPENSIONES quien debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte de los fondos privados al momento del traslado, pues es pertinente manifestar que para el año en que acaeció el traslado, el señor JOSÉ VÍCTOR MARCELO ANDRADE no se encontraba en ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen, máxime si se tiene en cuenta que era su derecho la escogencia del régimen pensional de acuerdo a la Ley 100 de 1993, situación que mi representada reconoció y por ello aceptó el traslado por estar permitido, luego entonces se puede concluir que mi representada es un tercero de buena fe por cuanto no le es imputable las decisiones que haya tomado el demandante para trasladarse de régimen pensional. Siguiendo ese mismo orden de ideas, es necesario precisar que el señor JOSÉ VÍCTOR MARCELO ANDRADE a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es, al 1º de abril de 1994, contaba con la edad de 45 años pues nació el 07 de mayo de 1948, siendo beneficiario del régimen de transición por edad, mas no por semanas de cotización como quiera que al revisar su historia laboral. se observa que para el año 1999 época en la que se llevó a cabo el traslado al RAIS, contaba aproximadamente con 85 semanas cotizadas al RPM, no cumpliendo así con el requisito de 750 semanas de cotización o 15 años de servicio cotizados en cualquier tiempo. Ahora bien, se observa en el expediente administrativo del demandante que para el día 17 de agosto de 2021, fecha en la cual solicitó ante Colpensiones la nulidad o ineficacia del formulario de afiliación por medio del cual se trasladó del RPM al RAIS, contaba con 73 años, acreditando el requisito de edad para ser beneficiario de la pensión de vejez, y por ende encontrándose dentro de una prohibición legal que se describe a continuación: Al respecto, conforme al 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993: "después de un (1) año de vigencia de la presente ley, 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". y tampoco cumple los requisitos señalados en las sentencias SU-062 DE 2010 y SU-130 de 2013. También se observa que el señor JOSÉ VÍCTOR MARCELO ANDRADE no hizo uso de los derechos de los afiliados, esto es, el retracto, el cual le da al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su elección, ya sea del régimen pensional o de administradora dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección. De otro lado, es pertinente manifestar que al momento de la afiliación al RAÍS se encontraba frente a una mera expectativa, pues tal como se desprende los hechos y de las pruebas documentales, para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1º de abril de 1994, no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicio, para querer regresar al RPM en cualquier tiempo..."*



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 causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (pp. 3-53, pdf 10).

**La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado**, aunque se le notificó debidamente, no intervino en el proceso.

#### **4. Sentencia de primera instancia.**

El titular del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Fusagasugá, mediante sentencia proferida el 30 de noviembre de 2023, resolvió: *“Primero: Declarar ineficaz el acto de traslado efectuado por el demandante José Víctor Marcelo Andrade en el año 1999, del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social. Segundo: Declarar que el demandante José Víctor Marcelo Andrade ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Tercero: Condenar a la entidad demandada Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante José Víctor Marcelo Andrade, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, con su correspondiente indexación y con cargo a sus propios recursos, y eventualmente de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando lleguen a su redención. Cuarto: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral, con sus respectivos valores, IBC y un detalle de los ciclos de cotización. Quinto: Absolver a las 2 entidades demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante. Sexto: Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas por las 2 entidades demandadas. Séptimo: Condenar en costas de primera instancia a Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías. En su liquidación, inclúyase la suma de 2 salarios mínimos legales vigentes mensuales por concepto de agencias en derecho a favor de la parte demandante...”*

**5.- Recursos de apelación.** Inconformes con la decisión la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, y Porvenir S.A., presentaron recurso de apelación, bajo la siguiente sustentación:



**5.1. De Colpensiones:** *“Muchas gracias su señoría procedo también a presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en esta instancia y lo argumento de la siguiente manera: sigo considerando que en la actualidad el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS a través de Porvenir y dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se lo hubiera hecho incurrir en error o la falta de deber de información por parte del fondo privado o de 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 protesto o anotación alguna que permite 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. Igualmente, en el presente caso no se cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 del 2010, por lo tanto, no procedería el traslado del 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 año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse del régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; por eso su señoría solicito muy respetuosamente se me conceda el recurso de apelación, efecto suspensivo para que sea el Tribunal quien revoque esta decisión. Muchas gracias.”*

**5.2. De Porvenir S.A.:** *“Gracias señoría. Sí, en esta oportunidad interpondré recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, de conformidad con lo siguiente: La suscrita se aparta de la decisión adoptada por el juez de primera instancia, lo anterior se debe a que mi representada cumplió con el deber de la prueba que le asistía respecto del cumplimiento del deber de información que le atañe, esto es, para el mes de febrero del año 1999; debe tenerse en cuenta que el formulario de vinculación es el único documento que se requería para los fondos de pensiones, acreditar la asesoría que se le brindó al potencial afiliado, de modo que pues ese documento que se allegó con la contestación de la demanda es prueba fehaciente del cumplimiento del deber de información del cual ya hice alusión. Por lo anterior, pues debe tenerse en cuenta Honorables Magistrados, y que como lo mencioné en mis alegatos de conclusión, pues el mismo ningún momento fue tachado de falso y tampoco se interpuso algún tipo de denuncia en contra de dicho documento por falsedad en el mismo, por lo anterior, pues debe tenerse en cuenta que la afiliación efectuada por el señor José Víctor Marcelo para esa época cuenta con plena validez para todos los efectos legales. Ahora respecto de la condena a mi representada de trasladar lo correspondiente a rendimientos, gastos de administración, porcentaje destinado al Fondo de Garantía mínima, entre otros aspectos o entre otros rubros, mejor, la suscrita también se aparta de dicha condena, ya que la misma resulta ser totalmente procedente, ya que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, Porvenir descontó un 3% de esos aportes pensionales que se efectuaron durante todo el periodo de vinculación del aquí demandante, los cuales fueron destinados en primer lugar a generar una rentabilidad, de conformidad efectivamente, con el artículo 101 de La ley 100 de 1993, ya que de lo contrario, pues mi representada debía asumir dicha rentabilidad de su propio patrimonio; y en segundo lugar, y atendiendo también a lo establecido en el artículo 108 de la misma normativa, pues se debía adquirir esa póliza de aseguramiento, que como lo manifesté nuevamente, es alegatos de conclusión, cuenta con la finalidad de que el demandante esté siempre cubierto respecto de una*



*posible contingencia de invalidez o muerte, por lo anterior, pues al ser dineros que fueron debidamente invertidos y de conformidad con el legislador, pues resulta materialmente imposible trasladarlos a Colpensiones. Por otro lado, y respecto de la condena de estos rubros de manera indexada, debe tenerse en cuenta Honorables Magistrados que, atendiendo a que la finalidad de esta es evitar la pérdida adquisitiva de la moneda, pues los rendimientos que se generan generaron durante todo ese periodo de vincular, pues compensan esa finalidad de la indexación, y por lo tanto, en dado caso de que se confirme dicha condena se estaría generando no solamente un doble pago a Colpensiones, sino también se estaría generando un enriquecimiento sin causa a favor de dicha entidad. Ahora respecto de asumir también con sus propios recursos, los correspondientes a los aportes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debe tenerse en cuenta Honorables Magistrados que ese beneficio únicamente es administrado o recae cabeza mejor de los fondos privados, atendiendo a lo establecido en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993; por lo anterior, y atendiendo que ese fondo que contiene esos aportes del Fondo de Garantía de Pensión Mínima que fue creado con el artículo 7 de la Ley 797 del año 2003, que se creó precisamente con la finalidad de financiar las aquellas pensiones de aquellos afiliados que no alcanzarán a cumplir con el capital requerido para financiar una prestación económica como lo establece el artículo 64 de la misma norma, pues no tendría sentido algo trasladar ese porcentaje a Colpensiones, ya que dicha entidad no cuenta con la administración o con la facultad mejor de administrar dichos recursos, por lo que resultaría totalmente inocuo trasladar o improcedente trasladar, pues esos rubros a Colpensiones. Finalmente, y respecto a la excepción de prescripción, solicito también se estudie nuevamente, ya que los gastos de administración y seguro previsional no integran la cuenta de ahorro individual del demandante y, por lo tanto, son susceptibles de fenómeno prescriptivo. Y es por todo lo anterior que le solicité a los Honorables Magistrados revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a mi representada. Muchas gracias.”*

**7.- Alegatos de conclusión.** En el término de traslado solo la parte demandante presentó alegaciones solicitando que se confirme la sentencia

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

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

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

**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, SL1921 de 2019, 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

**¿Erró el juez 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 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).*

Conforme 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 asunto, el juez de instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS efectuado el 15 febrero de 1999, 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 ISS, hoy Colpensiones 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.



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

Y es que la circunstancia que el gestor haya firmado los formularios preimpresos de afiliación, con ese sólo acto no se garantiza el cumplimiento del deber de información que le asistía 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.

En el interrogatorio de parte, el demandante señaló que en una oportunidad cuando debió asistir al médico en el año 1999, le solicitaron una copia de su afiliación, pero al acudir al Seguro Social, le manifestaron que ya no se encontraba afiliado a dicho fondo sino en Porvenir, dijo que en ningún momento tuvo algún contacto con un asesor de Porvenir y tampoco recuerda haber efectuada ninguna afiliación a dicho fondo privado; aduce que su motivo principal del traslado a Colpensiones tenía como finalidad adquirir la pensión de invalidez, la cual le fue negada en Porvenir, y que además, ante dicha petición solo le contestaron que debía pedir los aportes.

Manifestaciones de las cuales no se logra advertir que el demandante haya aceptado que recibió una información clara, precisa, eficaz sobre las ventajas o desventajas del traslado del RPM al del RAIS, por el contrario, ratifica que tuvo conocimiento de su traslado cuando requería una copia de su afiliación y se le informó que ahora hacía parte del fondo privado Porvenir S.A., sin recibir ningún tipo de información por parte de asesores de este fondo

Por consiguiente, analizada la demanda, de cara a lo ponderado por el juzgador de instancia, en particular los hechos del libelo, si bien pidió el demandante que se declarara la nulidad del traslado, lo cierto es que, de las situaciones fácticas, 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.

Igualmente, el accionante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el ISS, hoy Colpensiones, esta última no



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

accedió y justificó su respuesta en que le faltaban menos de diez (10) años para poder adquirir el derecho a la pensión, por lo cual se incurría en una prohibición legislativa; aunado a que el demandante ejerció su libre elección de régimen pensional.

De tal manera que el juez como director del proceso, enrumbo la causa ante la mentada ineficacia, incluso la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sus actuales criterios ha dejado claridad acerca que ante una situación como la que hoy concita la atención de la Sala, es dable declarar la ineficacia del traslado.

Por consiguiente, 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, 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 petitionado 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.

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

Ahora, lo alegado por parte de Porvenir S.A. en torno a que en la época del traslado para el suministro de la información bastaba con la suscripción del formulario, sin



que fuera tan exigente, como en la actualidad, y que bajo tal afirmación se cumplieron con los requisitos al momento del traslado, debe decirse que el requisito exigido a las AFPs 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 AFP Porvenir.

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.

Es pertinente señalar que en lo relativo al Fondo de Garantía Mínima, a razón que Porvenir S.A. sostiene que asumir con sus propios recursos este monto y trasladarlos a Colpensiones, resulta improcedente porque Colpensiones no cuenta con la facultad de administrar los mencionados recursos; 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.

Por consiguiente, se precisa que la ineficacia declarada, conlleva la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de las AFP donde estuvo afiliado el demandante a Colpensiones, ya que esa devolución debe ser plena y con efectos retroactivos, puesto que los recursos serán utilizados por Colpensiones para ejercer su plena facultad y asegurar 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.

En esa medida, se concluye que no erró el juez a quo al condenar al traslado de los saldos, incluyendo el referente al fondo de garantía mínima, puesto que se encuentra respaldado por la legislación y, además, el reitero de la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la mencionada corporación, 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»,*



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

*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 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).

Aunado a lo dicho, Porvenir invoca que resultaría impropio cumplir con el traslado de los rubros condenados, a razón de haber sido invertidos y resulta materialmente imposible devolverlo a Colpensiones, por tanto, 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 las AFP, por el tiempo de vinculación del afiliado, 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, SL2329 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 la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos por la AFP con cargo a sus propias utilidades, ya que desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida que se encuentra bajo la administración de Colpensiones.

De otra parte, en cuanto a que el traslado de las sumas indexadas a favor de Colpensiones conlleva un doble pago y enriquecimiento sin justa causa, como lo sostiene Porvenir S.A.; debe decirse que lo pretendido con esa actualización es mantener el poder adquisitivo de la moneda, lo que lejos está de ser un enriquecimiento sin causa, sin considerar que los rendimientos generados durante la época de vinculación generaron una indexación.

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



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

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).”*

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). De igual forma, esta acción de ineficacia no se encuentra sometida a los tres (3) años como regla general rigen en materia laboral, al tratarse de la construcción de un derecho pensional, que, por cierto, no se ha causado, por tanto, resulta imprescriptible conforme con las sentencias SL1421 de 2019 y SL168 de 2019; incluyendo por supuesto lo relacionado con los gastos de administración y seguro previsional, al ser consecuencia inescindible de la orden de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Así quedan resuelto el recurso de apelación formulado el extremo pasivo, así como el grado jurisdiccional de consulta surtido en su favor.

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

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, acorde con lo considerado.



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

**Segundo:** Costas a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A., en su liquidación inclúyanse la suma de \$2.600.000 por concepto de agencias en derecho, por cada una de ellas.

**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