



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 001 2023 00129 01

Jorge Antonio Arteaga Lugo 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 partes, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre los puntos no apelados de la sentencia condenatoria proferida el 07 de diciembre de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia de la referencia.

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

Sentencia

Antecedentes

1.- Demanda: Jorge Antonio Arteaga Lugo promovió proceso ordinario laboral contra Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos 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, efectuado por Colfondos S.A., en consecuencia, se le condene a devolver a Colpensiones los valores obtenidos por su vinculación a la AFP, correspondientes a cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos y gastos de administración, junto con la indexación, lo *extra* y *ultra petita* y costas. (pp. 2-36, pdf.01)

Como supuesto factico de lo pretendido manifestó, en síntesis, que nació el 11 de diciembre de 1960, efectuando cotizaciones al extinto ISS, hoy Colpensiones, desde el 16 de junio de 1988 al 31 de agosto de 2001, dice que 21 de agosto de 2007 suscribió una solicitud de vinculación a Colfondos S.A., bajo una persuasión de los



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

asesores de dicha AFP sobre cómo sería el traslado constituiría la mejor alternativa para pensionarse.

Informa que cuando diligenció su formulario de afiliación a Colfondos, se le indicó sobre una eventual extinción del RPM, y en consecuencia el ISS iba a ser liquidado, por lo que perdería sus aportes pensionales y el tiempo cotizado; además, le manifestaron que Colfondos S.A. tenía ventajas más efectivas y veloces en comparación con las del Seguro Social.

Asegura que tal AFP nunca le informó de forma concreta lo correspondiente a su mesada pensional, que se podría retractar de su afiliación, que no obtuvo una asesoría para que le fuera realizada una proyección sobre el valor de su pensión, que no se le informó sobre el capital necesario y suficiente para financiar su pensión de vejez, que no se le indicaron las presuntas ventajas y desventajas de la vinculación al RAIS, en conclusión, aduce que no lo informaron suficientemente para adoptar una decisión a tiempo sobre continuar en el régimen o trasladarse de conformidad con su situación personal.

Expresa que para mayo de 2022 y conforme la historia laboral, acreditaba 62 años de edad, un total de 1.442.13 semanas, y un Ingreso Base de Liquidación (IBL) de \$2.109.706, por lo que en principio su mesada pensional en el RPM ascendería a \$1.449.578,99, siendo matemáticamente superior al precálculo efectuado por Colfondos el 02 de febrero de 2023, manifiesta que la AFP omitió el deber de información “suficiente, clara, comprensible y oportuna”, sobre ambos regímenes y las consecuencias reales de abandonar el RPM.

Informa que agotó la reclamación administrativa con el derecho de petición formulado ante Colpensiones solicitando la declaratoria de ineficacia y/o nulidad del formulario de afiliación suscrito con la AFP del RAIS, quien le dio respuesta señalando que no procede dicha declaratoria, relata que también presentó derecho de petición a Colfondos con la misma solicitud, pero de igual forma hubo una respuesta negativa.

2. La demanda se admitió por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá mediante auto del 11 de mayo de 2023, ordenándose vincular a la Agencia Nacional



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

de Defensa Jurídica del Estado, así como a las demandadas, disponiendo su notificación y traslado de rigor (pdf 04)

3. Contestación de la demanda.

3.1. Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que no obra en el expediente prueba que se le hubiese hecho incurrir al demandante en error por falta de información de la AFP o estar en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) que en las solicitudes no aparece nota de protesto o alguna otra que permita inferir la inconformidad del accionante, lo que se observa fue que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, por ende no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

En su defensa propuso las excepciones de mérito de descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (pp.2-34, pdf.06).

3.2. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, no contestó la demanda.

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

4. Sentencia de primera instancia.

La titular del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia proferida el 07 de diciembre de 2023, resolvió: *“Primero: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que surtió el aquí demandante Jorge Antonio Arteaga Lugo, el día veintiuno (21) de agosto del año dos mil siete (2.007). Segundo: CONDENAR a la sociedad demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a restituir a Colpensiones lo correspondiente a los saldos en la cuenta de ahorro individual del demandante Jorge Antonio Arteaga Lugo, así mismo los gastos de administración y comisiones con cargos y sus utilidades. Tercero: ORDENAR a la entidad demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones asumir como afiliado directo al demandante Jairo Antonio Arteaga Lugo; hecho que debe darse una vez Colfondos S.A.*



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

Pensiones y Cesantías cumpla con su carga de trasladar los aportes de pensión, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, debidamente indexados. Cuarto: ABSTENERSE de condenar en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías...”.

5.- Recursos de apelación. Inconformes con la decisión, el demandante y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, interpusieron recurso de apelación, bajo la siguiente sustentación:

5.1. Del demandante: *“...Solicito al Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca modificar parcialmente la sentencia respecto a la absolución de Costa de Colfondos para que se condena a esta entidad al pago de estas costas...”*

5.2. De Colpensiones. *“...Me permito interponer recursos de apelación contra la presente providencia, teniendo como fundamento lo siguiente. En primer lugar, sobre la prohibición legal, tenemos que, al momento de la solicitud del retorno al régimen de prima media, el demandante se encontraba dentro de una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, el cual modificó el artículo 13 la Ley 100 de 1993, que manifiesta que después de 1 año de vigencia de dicha 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. Como segundo punto se tiene que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que estemos en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil; ahora bien, no nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado por no tratarse un error o error de nulidad que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial, no obstante lo anterior, cualquier nulidad pretendía no se alegó dentro del término que se refiere al artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará 4 años, los cuales se contarán en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o el contrato, es decir, el traslado del régimen, si en el presente caso se hizo en el mes de agosto del 2007, según se desprenden los documentos acompañados con la demanda, cualquier nulidad pretendida debió haberse solicitado antes del mes de agosto del año 2011; debe tenerse en cuenta que, aun así, dentro del presente proceso existió ratificaciones, expresa o tácita que sanea el presunto vicio del contrato en el presente asunto, el demandante se reitera, sanea la nulidad por la ratificación tácita al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado del régimen, nótese que el demandante durante todo este tiempo ha consentido que se le hagan los descuentos respectivos con destino al ahorro individual. Y como tercer punto respecto a la carga de la prueba, se debe advertir que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en el caso particular sobre Colpensiones que en los casos en que se declaran las ineficacias de traslado en la entidad más afectada lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación en el presente caso se dio desde el mes de agosto del año 2007, queriendo decir esto que han transcurrido más de 16 años a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que*



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

rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro de un documental de la misma, por lo cual es completamente aplicable a estos casos el principio que reza que nadie está obligado a lo imposible. Como cuarto punto se debe tener en cuenta que el precedente de la Corte Suprema, que se utiliza como norma para la aplicación del deber de información es el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre y voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso del actor, el cual suscribió el formulario de afiliación y realizó el respectivo traslado en el año 2007; imponer cargas diferentes a las previstas a las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica y basa las decisiones de los jueces en supuestos; si bien el fondo privado debió informar de manera suficiente al actor, esto no lo exoneraba el deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, de la cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez, como tampoco lo sustraía de la aplicación de la ley. Como punto y finalmente se debe indicar que en sentencias C1024 de 2004, SU062 de 2010 y SU130 de 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslados se manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima medida con prestación definida se descapitalizaría, la declaración injustificada de ineficacias de traslado de un afiliado al régimen de prima media al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados. Por las razones expuestas en precedencia se solicita a los Honorables Magistrados se sirvan revocar la presente providencia y, por el contrario, se absuelva a Colpensiones de las súplicas de la demanda. Gracias, su señoría"

7.- Alegatos de conclusión. En el término de traslado solo la demandada Colpensiones presentó las siguientes alegaciones:

7.1. De la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en términos similares a la sustentación del recurso de apelación, insiste en la prohibición legal del retorno, la no acreditación de los vicios del consentimiento, el deber de información al momento del traslado se concretaba al consentimiento plasmado en el formulario de afiliación, insiste en la descapitalización del sistema de acceder a la nulidad o ineficacia del traslado. En sus alegatos subsidiariamente solicita que se condicione el cumplimiento de la sentencia para *"previo cumplimiento de LA DEVOLUCIÓN de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI del demandante por la AFP, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al FGPM y gastos de administración, y los demás a que hubiera lugar, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento*



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

al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos” y se condene en costas al demandante.

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 1) 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 de ser viable la ineficacia, se verificará 2) Si procede la condena en costas a las demandadas.

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

De antemano, la sala anuncia que la sentencia de primera instancia será **adicionada** para ordenar el traslado de unos rubros a cargo de Porvenir, **revocada parcialmente** respecto a la condena en costas y agencia en derecho y **confirmada** en lo demás.

10.- Fundamento (s) normativo (s) y jurisprudencial (es). Ley 100 de 1993; D. 663 de 1993, Ley 797 de 2003, D. 510 de 2003, D. 3995 de 2008, D. 2071 de 2015, D. 1833 de 2016; Circular Externa No. 016 de 2016; CSJ SL 12136 de 2014, SL19447 de 2017, SL1452 de 2019, SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, SL 2877 de 2020, SL 4161 de 2020, SL4782 de 2021, SL357 de 2022, SL3802 de 2022.

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



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

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 “...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...”.



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

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).



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

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 presente caso, son puntos pacíficos que el demandante estuvo afiliado al RPM desde el 05 de octubre de 1984 al extinto ISS, hoy Colpensiones, que el 21 de agosto de 2007 suscribió el formulario de afiliación al RAIS con Colfondos, pues tales situaciones fácticas no fueron controvertidas por las partes.

En el asunto, la jueza de instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS efectuado el 21 de agosto de 2007 a Colfondos 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 de Colpensiones a Colfondos 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 Colfondos 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 cuando se trasladó a Colfondos, fue porque al momento de estar firmando contrato en una empresa de transporte se la acercó un asesor de Colfondos a comentarle que el ISS se iba a



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

acabar y perdería las semanas cotizadas, por lo cual, le explicó que era conveniente estar en Colfondos por tener solidez y que lo podía pensionar a cualquier edad, dice que a partir de esa charla firmó el formulario de afiliación, que desde hace 1 año o menos recibe los extractos por parte de Colfondos pero no los mira, que al acudir a Colpensiones una asesora le informó que ya contaba con 52 años y no podía realizar el traslado, y que su intención para retornar al RPM es por el incumplimiento de lo afirmado por el asesor de Colfondos respecto de la edad de pensión y el encubrimiento de lo que en realidad es un fondo privado.

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 se trató de una charla con un asesor donde no se dio tal información, en razón a que esta versó sobre la desaparición del ISS y el presunto beneficio de pensionar a una edad más joven en el fondo privado Colfondos.

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.

Recuérdese que el demandante en su interrogatorio fue categórico al señalar que se trató de una charla con un asesor de Colfondos al momento que el actor se encontraba firmando su contrato de trabajo pero en su discurso se limitó a decirle que el ISS se iba a acabar, que era mejor el fondo privado Colfondos que contaba con solidez para poder pensionarlo a una edad más joven, pero en fin no le suministraron los pormenores sobre ventajas o desventajas del traslado, ni qué tipo de modalidad de pensión habían en el régimen de ahorro individual.

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, 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



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

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.

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 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 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 Colfondos.

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



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

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 señalado 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).

Incluso, habría que agregar que si bien el demandante para el 13 y 14 de abril de 2023, cuando formuló los derechos de petición a Colpensiones y Colfondos S.A., refirió a la nulidad de la afiliación por vicios del consentimiento pretendiendo el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, lo cierto es que en esos escritos fundo su petición señalando no haber recibido una información clara, concisa, detallada y motivada de las consecuencias del traslado, de los que recibió respuesta por parte de Colfondos y Colpensiones, como obra en los anexos acompañados con la demanda, pero en ningún momento dijo que había suscrito esos formularios con ausencia de asesores.

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, en cuanto a que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS conlleva la descapitalización del sistema pensional, como lo sostiene Colpensiones; debe decirse que aunque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar por cuanto ordenaba repartirlo, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y



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

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, es decir, no se lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, ni se presenta descapitalización del mismo como lo alega la accionada Colpensiones.

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, 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



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

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 anterior, 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, 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 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 propios recursos.

Respecto a la indexación de los valores condenados, se presente mantener el poder adquisitivo de la moneda, lo que lejos está de ser una sanción, para este tema, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que, en efecto, los valores que se ordenan



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

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

En 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.

Con todo en grado jurisdiccional de consulta se adicionara la sentencia en el sentido de ordenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones los porcentajes correspondientes a las 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.

¿Erró la juzgadora de instancia al no fulminar condenas en costas y agencias de derecho a las entidades demandadas?

Esta Sala teniendo en cuenta lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, es pertinente ser menester en que dichos rubros no corresponder a un derecho sustancial de naturaleza laboral que constituya objeto en el proceso, por el contrato, se refiere a una consecuencia procesal por ejercer una acción o una excepción, como lo recordó la máxima corporación en la sentencia SL4959 de 2016, reafirmada en la sentencia SL2105 de 2023 *“Siendo las costas una consecuencia procesal del ejercicio de la acción instaurada, obviamente no pueden ser consideradas como materia principal de un proceso laboral en cuanto dependen de su resultado; y al tener por objeto resarcir los perjuicios causados o reembolsar los gastos ocurridos por la actividad de los litigantes, no pueden ser tenidas como un derecho sustantivo de naturaleza laboral, cuyo desconocimiento dé lugar al recurso de*



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

casación. Y, en providencia del 9 de febrero de 1999, Rad. 11360, se señaló: La Sala tiene definido que las costas del juicio no constituyen el objeto de éste, en tanto se conciben como una consecuencia procesal de la acción promovida o de las excepciones propuestas. Como tales están sujetas al resultado de dicha acción o excepción y destinadas a resarcir los gastos ocasionados; luego, no configuran un derecho sustantivo laboral, de suerte que no puede pretenderse su imposición mediante el recurso extraordinario de casación. Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial, el cual se reitera en esta oportunidad, considera la Sala que la decisión del ad quem de abstenerse de imponer las costas del proceso a la entidad demandada, no es un asunto que pueda ser objeto del recurso extraordinario de casación, pues, como ya se vio, las costas procesales, dentro de las cuales se encuentran las agencias en derecho, son una consecuencia procesal de la acción promovida, pero de ninguna manera constituyen un derecho sustantivo de naturaleza laboral o de seguridad social, que tenga su fuente en la ley sustancial de alcance nacional, sobre la cual la Corte ejerce su función de unificar la jurisprudencia nacional. Además, en todo caso, la censura no explica por qué, a pesar de haber sido la parte actora vencida en juicio, pues las sentencias de ambas instancias fueron absolutorias, debió ser la demandada quien asumiera las costas del proceso. En estas condiciones, la sentencia acusada permanecerá inalterada en cuanto a lo resuelto por concepto de costas de las instancias.”

Colofón de lo dicho y en concordancia con el numeral 1º del art. 365 del CGP, se revoca la sentencia de primer grado en ese sentido para en su lugar condenar al extremo pasivo a las costas de ambas instancias.

Así quedan resueltos los recursos de apelación formulados por el demandante y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta surtido en su favor.

Costas de ambas instancias a cargo de Colpensiones y Porvenir, en su liquidación inclúyanse la suma de \$2.600.000 por concepto de agencias en derecho de la segunda instancia, 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: Adicionar la sentencia apelada y consultada, en el sentido de ordenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones los porcentajes correspondientes a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los



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

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, conforme lo considerado.

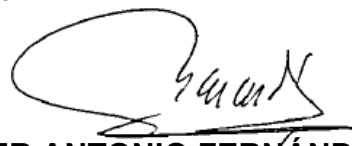
Segundo: Revocar parcialmente la sentencia apelada y consultada para señalar que las costas de ambas instancias se encuentran a cargo de Colpensiones y Porvenir, en su liquidación inclúyanse la suma de \$2.600.000 por concepto de agencias en derecho de la segunda instancia, por cada una de ellas.

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