

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HUGO ENRIQUE BUITRAGO GUTIÉRREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" y AFP PORVENIR S.A. Radicación No. 25269-31-03-002-**2022-00167-01**.

Bogotá D. C. veinticinco (25) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones; y el grado jurisdiccional de consulta respecto de esa misma entidad, frente a la sentencia proferida el 12 de septiembre de 2023 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, Cundinamarca.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante Hugo Buitrago Gutiérrez, mediante apoderado judicial, instauró demanda contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A, para que previo a los tramites del proceso ordinario laboral se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual efectuado por la sociedad Horizonte S.A, hoy Porvenir S.A., y de manera consecencial se ordene el retorno con efectos ex tunc del accionante al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, al que pertenecía de manera previa a octubre de 1997. En virtud de ello, pretende se condene a Porvenir S.A a restituir al régimen de prima media con prestación definida todos los valores que hubieren recibido con motivo de su afiliación tales como bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión del accionante por los gastos de administración en que hubieran

incurrido. De igual forma, pretende se condene a Colpensiones a admitir el traslado del actor al régimen de prima media con prestación definida, con todos sus aportes, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, frutos e intereses.

- 2.** Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 26 de octubre de 1962; que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba vinculado laboralmente con la ESE Hospital San Rafael de Facatativá, permaneciendo en el régimen de prima media con prestación definida hasta el mes de octubre de 1997; que el 23 de octubre de 1997 fue abordado en su trabajo por parte de agentes de la sociedad Horizonte Pensiones y Cesantías S.A, con la finalidad de que se trasladara al régimen de ahorro individual con solidaridad siendo inducido en errores para ser trasladado a dicho régimen y diligenciando el respectivo formulario. Declaró que Horizonte S.A omitió suministrar información veraz, suficiente, completa y clara frente a las características del RAIS y de su modelo pensional; que el 31 de agosto de 1999 se trasladó al fondo de pensiones Colpatria S.A y el 12 de julio de 2001 se volvió a trasladar dentro de fondos privados, en esta ocasión a Porvenir S.A; que desde el 2014 al 2022 ha tenido un IBC promedio superior a 3.5 salarios mínimos pero que al solicitar proyección de su pensión de vejez el 2 de junio de 2022 observó las implicaciones de su cambio de régimen pensional.
- 3.** El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, Cundinamarca, mediante auto de fecha 21 de octubre de 2022 admitió la presente demanda (PDF 009) notificando en debida forma a las accionadas mediante correo electrónico (PDF 14 y 16) La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue notificada de igual forma (PDF 15).
- 4.** La demandada Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público y la denominada genérica. Como sustento de sus excepciones afirma que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP privada en el traslado de

régimen, que no se presencia vicio en el consentimiento del accionante ni solicitudes que permitan inferir inconformidades por parte del mismo, habiéndose trasladado libremente sin presiones ni constreñimientos; que no es procedente el traslado toda vez que el accionante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida (PDF 18)

- 5.** Por su parte, Porvenir S.A se opuso igualmente a las pretensiones declarativas y condenatorias de la demanda, interponiendo las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la denominada genérica. Expuso que el actor recibió información transparente y necesaria, por lo que pudo compararla con el conocimiento que tenía en su momento del régimen de prima media con prestación definida y que la afiliación es completamente válida por cuanto realizó aportes voluntarios por más de 26 años sin mostrar ninguna inconformidad, que no existió vicio en el consentimiento que pueda dar a entender que existió alguna nulidad que genere el traslado al régimen de prima media con prestación definida (PDF 41)
- 6.** Con auto del 9 de mayo de 2023 se tuvo por contestada la demanda por la accionante y se señaló fecha para la realización conjunta de las audiencias de que tratan los artículos 77 y 80 del C.P.T y S.S (PDF 42)
- 7.** En sentencia proferida el 12 de septiembre de 2023, la Jueza Segunda Civil del Circuito de Facatativá, Cundinamarca declaró la ineficacia del traslado al RAIS del demandante efectuado por Horizonte S.A, hoy Porvenir S.A, el 23 de octubre de 1997; condenó a Porvenir S.A. a restituir y pagar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de Hugo Buitrago Gutiérrez, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, condenándola igualmente a asumir y pagar al régimen de prima media con prestación definida las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del accionante por los gastos de administración en que hubiere incurrido. Como consecuencia de lo anterior, ordenó a Colpensiones a admitir el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida, con todos sus aportes tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, frutos e intereses (PDF 60)

8. Frente a la anterior decisión, la apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, en el que manifestó: *...como primer punto tenemos la prohibición legal, tenemos que al momento de la solicitud del demandante de su retorno al régimen de prima media, el mismo se encontraba dentro de una provisión legal descrita en el numeral segundo de la ley 797, en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, el cual con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que manifiesta que después de 1 año de vigencia dicha ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltarán 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a su pensión. Como segundo punto sobre no acreditar vicios del consentimiento entre el expediente, no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil. Ahora bien, nos encontramos frente a un error sobre un punto derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que es aquel que por esencia afecta a la validez del acto y lo condena a su anulación o restricción judicial. No obstante, cualquier nulidad pretendida no se alegó dentro del término legal a que se refiere el 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 dolo, desde el día, la celebración del acto o el contrato y se trasladó del régimen En el presente caso se hizo en el mes de octubre del año 1997 según se desprende los documentos acompañados con la demanda, cualquier movilidad debe de haberse solicitado antes del mes de octubre del año 2001. Como tercer punto respecto a la carga de la prueba, tenemos que en el presente caso no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento, entendido como el deber de información, en el presente caso se torna imposible probar hechos ocurridos en el año 1997, esto es, hace más de 25 años. Por lo tanto, es perfectamente aplicable el principio que nadie está obligado a lo imposible. Como cuarto punto respecto al deber de información, tenemos 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 17482 de 2014 y del 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, voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuánto las leyes que surgieron entre el año 1993 y el año 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación, donde constaba la plena intención de permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso de la parte actora quién suscribió el formulario, realizó el respectivo traslado en el año 1997. Imponer cargas adicionales a las previstas en 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. Como quinto punto sobre la descapitalización del sistema tenemos que en sentencias de C-104 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013 en la Corte Constitucional en materia de traslados manifiestan que nadie se 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 media con prestación definida se descapitalizaría. La*

aclaración injustificada de ineficacia de traslado de un afiliado del régimen de prima media raíz 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, se solicita a los señores magistrados que sirvan revocar la presente providencia. En consecuencia, se absuelva a condiciones la totalidad de las suplicas de la demanda.

9. Recibido el expediente digital, fue admitido el recurso de apelación mediante auto del 2 de octubre de 2023, corriendo traslado para los alegatos de conclusión el 9 del mismo mes y año, presentando alegatos tanto el demandante como ambos sujetos demandados.

Dentro de sus alegatos, la parte **accionante** reiteró los puntos expuestos en la demanda y señaló que existe precedente vertical en torno a la ineficacia del traslado en el sentido que las AFP estaban obligadas a garantizar un afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información suficiente y transparente al afiliado, según el Decreto 663 de 1993 para que este pudiese elegir entre las distintas opciones de mercado; declaró que la carga de la prueba recae en el fondo de pensiones accionado y no en el demandante.

Por su parte, **Colpensiones** en sus alegatos reafirmó los puntos de su recurso, frente a la imposibilidad de la carga de la prueba, la no existencia de vicios del consentimiento y que según el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 los afiliados no podrán trasladarse de régimen cuando les faltase 10 años o menos para cumplir la edad de pensión.

Finalmente, **Porvenir S.A**, solicitó en sus alegatos revocar la decisión de primera instancia en el sentido que garantizó al accionante la información pertinente frente al cambio de régimen; que las AFP cuentan únicamente con los formularios de afiliación por lo que solicitar pruebas diferentes resulta una violación al debido proceso; que en caso de ordenar el traslado no es procedente imponer la devolución de sumas diferentes a la cuenta individual, incluyendo los rendimientos, decidir algo diferente es imponer una doble sanción a cargo de las accionadas.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad

planteados por la recurrente en el momento de sustentar su recurso ante la juez, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de los propuestos. Pero igualmente tiene que surtirse el grado de consulta en favor del COLPENSIONES como lo ordena el artículo 69 del CPTSS, toda vez que se trata de una entidad pública descentralizada de la que la Nación es garante, y en ese sentido, se revisarán las condenas impuestas sin restricciones de ninguna índole.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver es analizar si en el caso concreto se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como con concluyó la juez, o, por el contrario, no hay lugar al mismo y por lo tanto deba absolverse a Colpensiones de las súplicas de la demanda.

Sea preciso advertir que se encuentra acreditado que el accionante estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida hasta el mes de octubre de 1997, tal como lo aceptó la accionada Colpensiones en su escrito de contestación de demanda y se evidencia en el formato de afiliación a la extinta AFP Horizonte S.A, en el que se señala que la entidad administradora de pensiones anterior del señor Buitrago era el ISS (PDF 04, página 25), por lo que igualmente se puede señalar que este estuvo en el citado régimen pensional desde el 1 de julio de 1995, como consta en el reporte de semanas cotizadas en pensiones (PDF 04, página 4)

Las pruebas documentales obrantes también acreditan que suscribió el formulario de traslado de régimen pensional al RAIS, específicamente al Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A el 27 de octubre de 1997 (PDF 04, página 26), que posteriormente se trasladó dentro del mismo régimen pensional a Pensiones y cesantías Colpatria S.A el 31 de agosto de 1999 (PDF 04, página 27) para finalmente volver a trasladarse de AFP el 2 de septiembre de 2001, en esta ocasión con destino a Porvenir S.A (PDF 04, página 27). Igualmente, no tiene discusión que el accionante nació el 26 de octubre de 1962, conforme a la cédula de ciudadanía aportada (PDF 03) por lo que los 52 años los cumplió el 26 de octubre de 2014.

En su interrogatorio de parte, el **accionante**, manifestó que se trasladó de régimen pensional sin haber recibido la información necesaria por parte de los

asesores de la AFP privada y que le señalaron en ese momento que la estabilidad del ISS no era confiable; que si bien firmó el formulario de afiliación lo hizo sin conocer la diferencia entre el RAIS y el régimen de prima media con prestación definida, ni mucho menos los requisitos para pensionarse en tales modelos pensionales.

La juez al proferir su decisión consideró que había lugar a declarar la ineficacia de afiliación pretendida por la demandante, por cuanto *“Significa lo anterior que acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se debe declarar la ineficacia y/o nulidad del traslado del demandante, quien estuvo primero vinculado a la administradora de fondo de pensiones, Horizonte, pensiones y cesantías, SA, luego se trasladó a la administradora de fondo de pensiones Colpatria SA. persona jurídica asumida por la administradora del fondo de pensiones, Horizonte pensiones y cesantías, SA y finalmente se trasladó a la administradora del fondo de pensiones por Porvenir S.A, donde actualmente se encuentra afiliado, como se indicó en el hecho 21 de la demanda, el que se declaró probado dentro de la audiencia celebrada hoy del artículo 77 del Código procesal del trabajo y de la Seguridad Social. Por cuanto la administradora de fondo de pensiones Porvenir no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro de ahorro individual con solidaridad administrado, en este momento Porvenir SA, cómo se puede corroborar con el interrogatorio absuelto por el demandante que fuera formulado por la apoderada de Colpensiones”*.

Analizado el material probatorio recaudado, debe decir la Sala que comparte la decisión de la juez pues efectivamente se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen solicitado.

Se empieza por decir que las administradoras de fondos de pensiones desde su creación, como se explicará más adelante, han tenido el deber de ofrecer información a los usuarios del sistema pensional para que estos puedan tomar una decisión consciente y libre acerca de su futuro pensional; deberes que con el paso del tiempo se han intensificado, desde 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); al 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).

Por tanto, corresponde a los jueces evaluar el cumplimiento del deber de información según el momento histórico en que debía observarse, que, en el caso, son las normas vigentes para el año 1995, cuando ocurrió el traslado de régimen de la demandante, y desde este ángulo establecer si la administradora dio efectivo cumplimiento a dicha obligación.

Cabe recordar que el objeto del sistema general de seguridad social en pensiones es el aseguramiento de los habitantes del territorio nacional frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, mediante diferentes tipos de prestaciones económicas y por ello la Ley 100 de 1993 creó un sistema de protección pensional dual en el que coexisten dos regímenes a saber: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, administrado en ese momento por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (artículo 12), respetándose entre ellas las reglas de libre competencia.

Ahora, dentro de las características del referido sistema de pensiones el literal b) del artículo 13 ibídem consagra que la selección de los trabajadores, tanto dependientes como independientes, a cualquiera de los dos regímenes, "*es 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*".

Frente a la expresión "*libre y voluntaria*" contemplada en el citado artículo 13, la jurisprudencia laboral entiende que la misma necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de esa decisión. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136 de 2014, señaló que no puede alegarse "*que 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*".

Además, 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”*.

Por consiguiente, es evidente que las administradoras de fondos de pensiones, desde el momento de su creación, tenían la obligación de garantizar que la afiliación de los usuarios del sistema pensional fuera libre y voluntaria mediante *“la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses”*, ya que la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar *“precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público”*, por cuanto la ley les impuso a las AFP un deber de servicio público, *“acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «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»”* (Sentencias CSJ SL1452 de 2019 y SL1688 de 2019, reiteradas en SL1689 de 2019).

Respecto a la información necesaria a que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dice la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes mencionadas, se refiere a *“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”*.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia laboral ha sido pacífica en sostener que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente 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 que, *“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 que *“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”*.

Frente a la carga de la prueba en estos procesos la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dado aplicación a los principios de carga dinámica y carga estática de la prueba, al señalar que: *“tratándose de la ineficacia del traslado al RAIS por la falta de información pertinente y suficiente, era la AFP en quien recaía la carga de probar conforme al artículo 167 del CGP, pues si la accionante edificó su pretensión en la falta o en la indebida información por parte de esta entidad, está aludiendo o poniendo de presente que la accionada incumplió el deber de asesoramiento, lo cual constituye una «negación de carácter indefinido», aunado a que el deber de diligencia y cuidado corresponde acreditarlo a quien debía emplearlo, y, por ello, radicaba en cabeza de esa demandada demostrar que sí cumplió con su deber legal”* (sentencia SL164-2023)

Aunado a lo anterior, el Tribunal precisa que si bien obra comunicado de prensa de la Corte Constitucional de 9 de abril de 2024, mediante el cual se anuncia el sentido de la sentencia SU-107 de 2024, aún no se tiene acceso a la misma, dado que no ha sido publicada la providencia, y de esa comunicación simplemente se expone que tal Corporación Constitucional modulará el precedente de la Corte

Suprema de Justicia en su Sala Laboral, en materia probatoria, debido a los problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; sin embargo, esta Sala desconoce su contenido pues se reitera, aún no ha sido publicado su texto escrito. Así las cosas, lo informado en el mentado comunicado no es vinculante y en todo caso, hasta no conocer su contenido el Tribunal continúa acogiendo el criterio ilustrado por nuestro máximo organismo de cierre en materia laboral y de la seguridad social, sin perjuicio que, en un nuevo estudio, de ser el caso, sea recogido.

Por tanto, al ser nítido el deber de las administradoras de fondos de pensiones, desde su gestación, de brindar un consentimiento informado a los usuarios del sistema antes de que estos acepten el servicio ofertado, mediante un procedimiento que garantice la comprensión de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al nuevo régimen, no es posible acoger la tesis de Colpensiones, según la cual, el consentimiento del accionante era libre y espontáneo, ya que careció de la información requerida para que se considerara un consentimiento informado.

Así las cosas, observa la Sala que en el caso concreto no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral, pues dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que el demandante, antes de la firma del formulario de traslado a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A, el 27 de octubre de 1997, hubiese recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento, y lo único que se allegó al expediente fue el formato preimpreso de "*SOLICITUD DE VINCULACIÓN*" que suscribió el actor a favor de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A, dicho día (PDF 04, página 26), y aunque en el mismo se consigna una constancia de que esa selección la efectuó "*EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES*", lo cierto es, como ya se dijo, que este enunciado no es suficiente para tener por demostrado el deber de información que le correspondía a la AFP, como ampliamente se explicó.

Frente al punto objeto de apelación relacionado con la prohibición legal de traslado contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, hay que decir que si bien el demandante para el 24 de junio de 2022, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con 59 años de edad y por tanto se encontraba inmerso en la prohibición legal

consagrada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en cuanto indica que *"el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez"* y además no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que le hubiese permitido regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo conforme lo dispuso la sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional al declarar exequible el citado artículo 2º de la Ley 797, pues, según se advierte, a la entrada en vigencia de dicha norma (1º de abril de 1994) no tenía los 35 años de edad ni los 15 años de servicios allí requeridos, ya que para ese momento solo tenía 32 años e inició sus cotizaciones a pensiones el 1 de julio de 1995, es decir, posterior a la expedición de dicha norma, según la historia laboral que reposa en el plenario; de todas formas, es la misma jurisprudencia laboral la que ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar *"con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP"*, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren *"al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (Sentencia CST SL1452 de 2019), por lo que en nada interfiere la edad de la demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se reitera, no se demostró que la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A, ni la accionada en el presente litigio, hubiesen cumplido con su deber de dar a conocer a la demandante **toda la verdad objetiva** de las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias de los diferentes regímenes, y por ende, dicho traslado deviene ineficaz, y en ese sentido, las cosas vuelven a su estado anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

De otro lado, la abogada de Colpensiones señala que la ineficacia del traslado de régimen declarada por la juez de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, porque a su juicio, *"genera una situación caótica que altera la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que vendían aportando al sistema ayudando al sostenimiento del mismo"*. La juez en su sentencia ordenó a la AFP Porvenir S.A a devolver la totalidad del capital

ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones generados en su cuenta de ahorro individual y los bonos pensiones, sin hacer mención alguna ni a los recursos existentes en el fondo de garantía de pensión mínima.

Al respecto debe decirse que aunque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar por cuanto ordenaba repartirlo, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y el resto del aporte se destinaba para el pago de la pensión de vejez, dicha norma fue modificada por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003 que, si bien no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, sí lo hizo en el régimen de ahorro individual, por lo que a partir de ese momento frente a este último régimen un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% está destinado a financiar la pensión de vejez, lo que genera que el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media sea mayor que en el de ahorro individual, por lo que lógicamente se afectaría la sostenibilidad financiera de Colpensiones al producirse el traslado de régimen en las condiciones determinadas por la a quo, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 510 de 2003, compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016, dichos recursos del fondo de garantía de pensión mínima los manejan las AFP en una subcuenta separada, por lo que en ese orden, debe darse aplicación al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que preceptúa que cuando se realice el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media no solamente debe trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, como la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de la AFP Porvenir a Colpensiones debe ser plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por Colpensiones para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida, esta Sala, en sede de consulta, modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar

que la AFP Porvenir igualmente reintegrará a Colpensiones no solo los valores ordenados por la juez, frente al capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración y comisiones, sino también, los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima (Sentencia SL3199-2021 Rad. 84288 del 14 de julio de 2021). Esto por cuanto Colpensiones es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2877 del 29 de julio de 2020, en la que concluyó que:

“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”.

Aunado a lo anterior, es aclarar que los dineros que deben ser devueltos por conceptos de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, deben devolverse debidamente indexados, pues la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3199-2021, señaló que *“en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”*. Asimismo, en la sentencia SL183-2020 Rad. 87891 del 24 de enero de 2022, nuestro órgano de cierre, indicó: *“(…) en cuanto al segundo, tiene que ver con los valores objeto de devolución a favor de Colpensiones, puesto que otea la Sala que el Juez singular, limitó las mismas únicamente a los aportes efectuados junto a los rendimientos financieros, empero, excluyó ordenar el pago e indexación de los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de*

administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), y en consonancia a ello se adicionará el ordinal segundo del proveído consultado”, y así se ha pronunciado esta Sala, entre otras, en la sentencia emitida el 1º de diciembre de 2022, dentro del radicado 25899-31-05-002-**2022-00167-01**.

Ahora, conviene precisar que como en este caso se decreta la ineficacia del traslado, más no de la nulidad del acto por vicios del consentimiento, como equívocamente lo entiende Colpensiones, no hay lugar a resolver lo atinente al término que tenía la demandante para interponer la acción de rescisión por vicios de nulidad, consagrada en el artículo 1750 del C.C., como Colpensiones lo solicitó en sus alegatos. Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL4360 de 2019 reiterada en SL 4161 de 2020, señaló lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el

derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

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

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

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

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia”.

Así queda resuelto tanto el recurso de apelación como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones.

Sin costas en esta instancia dada la prosperidad parcial del recurso.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de fecha 12 de septiembre de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Facatativá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de HUGO BUITRAGO GUTIÉRREZ contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A, en el sentido de indicar que dicha AFP deberá reintegrar a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con los

rendimientos financieros y bonos pensionales dispuestos por la juez de primera instancia; sino también, los gastos de administración y comisiones, los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, conceptos estos que debe reintegrarse debidamente indexados como se dispuso en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria