

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25899-31-05-002-2022-00080-01
Demandante: **GUSTAVO AMADO LÓPEZ**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, Y OTROS**

En Bogotá D.C. a los **11 DIAS DEL MES DE SEPTIEMBRE DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022. Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada - Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A.-, contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2022, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá –Cundinamarca-, dentro del proceso de la referencia

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

GUSTAVO AMADO LÓPEZ instauró demanda contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se declare la

nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad efectuado por Porvenir S.A. en el mes de septiembre de 1996, por “...existir engaño y asalto en su buena fe, al no haberle brindado una asesoría personalizada y haber viciado su consentimiento haciéndola(sic) incurrir en error para que se trasladara...”; en consecuencia, se condene a dicha la AFP a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos financieros que se hubiesen causado y gastos de administración; así como a Colpensiones recibirlo como afiliado, con los valores obtenidos que deben ser debidamente indexados, mientras estuvo vinculado en el RAIS, y a contabilizar para efectos de la pensión el período de tiempo allí cotizado; igualmente se les condene a costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las peticiones expuso que nació el 24 de mayo de 1957, contando para la fecha de presentación de la demanda con 64 años de edad; que inició su vida laboral en la Secretaría de Educación del Vichada el 4 de mayo de 1977 hasta el 30 de diciembre de 1978, como se observa en la historia laboral consolidada expedida por Porvenir S.A. el 5 de marzo de 2022; que trabajó en el Fondo Educativo Regional del Guaviare entre el 12 de febrero y el 31 de julio de 1981; efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida -Seguro Social hoy Colpensiones-, desde el 1° de marzo de 1995 al 31 de julio de 1996, según reporte expedido por esa entidad el 6 de diciembre de 2021; en septiembre de 1996 suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A., cuando se encontraba trabajando para Atempí de Antioquía en Liquidación, porque los asesores de dicha AFP motivaron el traslado “...bajo un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podía obtener el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al momento de pensionarse...”.

Señala que los asesores le indicaron que, trasladándose al fondo privado tendría una cuenta de pensión mucho mejor que la que le llegaría a reconocer el Seguro Social, además que éste se iba a quebrar y por el contrario el fondo privado era una empresa sería y no tendría ningún problema al momento de reclamar su pensión; pero en ningún momento le explicaron o señalaron total, clara y expresamente las condiciones, requisitos para acceder a la prestación bajo dicho régimen, como tampoco que el monto de la pensión dependía del ahorro en su cuenta individual y no de la cantidad de semanas ni del promedio salarial; que la mencionada AFP, no le brindó una asesoría personalizada, donde le explicaran las ventajas y desventajas en su caso particular, todo lo contrario, lo hicieron en grupo a personas que tenían diferentes salarios y cargos.

Precisa que, en el mes de noviembre de 2003 se trasladó a Protección, donde los asesores le informaron que en este fondo su pensión iba a ser superior a la de Porvenir, sin explicarle las ventajas y desventajas, cotizando hasta octubre de 2009; retornó a Porvenir en octubre de 2009 cotizando hasta abril de 2010; en mayo de 2010 es reunido con otros compañeros y suscribe formulario de afiliación al Old Mutual donde cotizó hasta el año 2012; en octubre de 2012 suscribe formulario de afiliación nuevamente con Porvenir S.A. donde actualmente se encuentra vinculado.

Manifiesta que cuenta con 64 años de edad, un total de 1.324 semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones, por los tiempos laborados con el Departamento del Guaviare, Fuerza Temporal, Cámara de Representantes y Fiscalía General de la Nación, *“...teniendo una expectativa legítima frente a los requisitos para gozar del derecho a la pensión de vejez, esto es haber cumplido 62 años y completar las 1.300*

semanas cotizadas...” ; que de acuerdo con la simulación pensional realizada por la AFP demandada el 3 de noviembre de 2021, su mesada sería de \$2.263.700 en el RAIS y de aproximadamente \$7.340.000 en el RPM “...lo que evidencia el grado de perjuicio económico que se le ocasionaría, disminuyéndose su asignación pensión alrededor de un sesenta y cinco (65) % menos....”.

Menciona que aparte del formulario de afiliación, no existe ningún documento que pruebe que Porvenir S.A., dio una información clara, precisa, veraz en cuanto al traslado de régimen, y los beneficios que obtendría al afiliarse al RAIS. Aduce que presentó derechos de petición los días 9 y 10 de febrero de 2022, ante Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente; solicitando la nulidad de la afiliación a la AFP y se retrotrajeran las cosas a su estado inicial; petición que fue respondida en la misma fecha de presentación por Colpensiones, con radicado BZ2022-1751292-0346316 en donde manifiesta que no es procedente anular la afiliación; y por Porvenir S.A. el 22 del mismo mes y año, negando la solicitud, e indicándole que el 5 de septiembre de 2012 presentó solicitud de vinculación proveniente de Skandía, aprobada el 1° de noviembre del citado año, febrero de 2022; solicita que le sean concedidas las pretensiones, “...toda vez que a pesar de haber aportado a lo largo de su vida sobre un ingreso base de liquidación aproximadamente de 12 a 14 salarios mínimos legales mensuales vigentes, el fondo de pensiones **PORVENIR S.A.**, únicamente le proyecta que su mesada quedaría en un promedio de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes...” (fl. 1 a 8 PDF 02).

La demanda fu repartida al **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca**, el 22 de marzo de 2022 (PDF 01); y admitida con auto de 21 de abril de 202, disponiéndose la notificación a la parte demandada en los términos allí indicado, así como a la Agencia

Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo previsto en el artículo 612 del CGP (PDF 04).

Dentro del término de traslado, las accionadas dieron contestación a la demanda en los siguientes términos:

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dijo que se oponía a las pretensiones, por considerar 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. Asimismo, vale la pena señalar que, el demandante **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.- 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 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 (sic), 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 asesorada 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. - Ahora, se llama la atención del Despacho, en cuanto que el demandante en los hechos que relata lo que*

está haciendo es alegar la propia culpa en su beneficio, pues es indispensable manifestar que contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por parte de los fondos a los que ha estado vinculada. Cosa diferente es que la actora, en el marco de una actuación contraria a la de un buen padre de familia, no realizó ninguna gestión tendiente a informarse sobre su futuro pensional.- Así mismo, es indispensable señalar que no es viable que el demandante alegue 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...”.

En la respuesta a los hechos, sostiene que la afiliación del demandante a la AFP Porvenir en el año 1996, se da de manera libre y voluntaria, totalmente informada, sin ningún tipo de presiones o apremios, al demandante recibió información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicios objetivos, para la toma de una decisión lo más informada posible, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993 (normativa que contiene el deber de información oponible a las a AFP al momento en que se materializó el

traslado de régimen pensional), aunado a que ella informó de manera clara, veraz, objetiva y oportuna sobre las condiciones, características, requisitos y funcionalidad del RAIS y del RPM, conforme a la normatividad vigente para la fecha y las particularidades propias del demandante para dicha anualidad, esto sin ninguna clase de acoso o información errada o engañosa; así mismo, debe decirse que el señor GUSTAVO AMADO LOPEZ suscribió el formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A. de manera libre, espontánea y sin presiones; al igual que las condiciones de las operaciones, de los servicios ofrecidos por la entidad y de cada una de las prestaciones económicas que regula la ley (pensión de vejez, sobrevivencia, invalidez, etc.), de tal forma que sea posible que nuestros afiliados conozcan en su integridad los productos y servicios, así como las obligaciones recíprocas que se generan.

En el acápite de HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, sostiene que no hay razones para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional; que la AFP cumplió cabalmente la obligación de dar información al demandante en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha del traslado de régimen pensional, que aquel contaba con plena capacidad legal para decidir, y también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias, que no haya existido debida información no es por si solo suficiente para la ineficacia del acto de traslado, además el actor contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo, que en su sentir *“...no hay norma legal que establezca la ineficacia de un traslado de régimen de pensiones por ausencia de información completa al afiliado...”*, que *“...LA RELACIÓN JURÍDICA DE AFILIACIÓN AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL NO ES UNA RELACIÓN CONTRACTUAL. POR LO TANTO, NO EXISTE DEBILIDAD NEGOCIAL DE LA AFILIADA O POSICIÓN DOMINANTE POR PARTE DE LA*

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES...”, que es improcedente el traslado de gastos de administración y prima de seguro previsional como consecuencia del traslado de régimen pensional producto de la declaratoria de nulidad.

En su defensa, presentó las excepciones de mérito o fondo denominadas: Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Buena fe (fls. 3 a 30 PDF 07).

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, contestó con oposición a las pretensiones toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la parte 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 la parte accionante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no precedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual reza “...Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuándo le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”.

En el capítulo de RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO, sostiene que para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorna, contaba con 64 años de edad, encontrándose dentro de la prohibición legal conforme el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el apartado 13 de la ley 100 de 1993; además que aquel no hizo uso del derecho de retracto, el cual da al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su elección en cualquiera de los dos regímenes dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual haya manifestado por escrito la correspondiente selección; aunado que cuando se trasladó al RAIS, se encontraba frente a una mera expectativa, ya que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1° de abril de 1994, la demandante contaba con 36 años de edad y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicios para querer regresar al RPM en cualquier tiempo, por lo que no está amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media.

También considera que no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del C.C., que establece que es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento. Pues conforme el artículo 1750 ídem, tenía un plazo de cuatro (4) años, vale decir hasta el 2000, y no lo hizo; por lo que de considerarse que existió la nulidad alegada la misma fue saneada en los términos del apartado 1752 ibídem, ya que el demandante saneo la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 id., al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento, como quiera que durante todo el tiempo ha consentido que le hagan los descuentos respectivos con destino al RAIS.

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la “innominada o genérica” (fls. 3 a 33 PDF 09).

En audiencia pública prevista en el artículo 77 del CPTSS, llevada a cabo el 16 de agosto de 2022, se dispuso vincular a las sociedades Skandía s.a. Pensiones y Cesantías y Protección S.A. Pensiones y Cesantías (Audio y acta de audiencia, PDF 13 y 13).

- La **Sociedad Protección S.A. Pensiones y Cesantías**, por conducto de apoderado, contestó con oposición a las pretensiones de la demanda, considerando que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Obsérvese del formulario de vinculación suscrito por la parte actora, que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante.

Indica que, la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 respetando el derecho a la libre selección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación

inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección S.A. y un acto válido y existente.

Menciona que, tampoco puede predicarse que la parte actora fue engañada por parte de esa AFP, al resultar en la actualidad que el valor de su mesada pensional en el RAIS es inferior a la mesada pensional que obtendría en el RPM, pues para el momento de su traslado, esto es, para el año 2001, no era posible fácticamente predecirlo, pues le faltaban muchos años de cotización y edad para alcanzar una pensión de vejez. Así mismo el monto de la pensión en el RAIS el legislador la ligó a situaciones económicas o financieras y cambios normativos como los que ocurrieron con la Resolución 1555 de 2010 (nuevas Tablas de Mortalidad), así como la Resolución 3099 de 2015 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, (fórmulas para calcular el capital necesario que debe acreditarse en una cuenta de ahorro individual para cubrir vitaliciamente una pensión mínima, en las modalidades de renta vitalicia y retiro programado).

Alude, a que no es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS, haga nula o ineficaz la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993, artículos 64, 80, y 81 como en los decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia, entre éstas la 1555 y 3099 de 2015, normatividad exequible a la fecha. Así las cosas, la parte actora no puede soportar sus pretensiones en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, dado que, un acto jurídico es nulo por vicios en el consentimiento no por la favorabilidad económica del mismo; aunado a que el acto jurídico celebrado entre la parte demandante y dicha AFP cumplió con todos los requisitos de existencia y validez, por lo tanto, produce todos los efectos jurídicos derivados de este.

En el acápite de FUNDAMENTOS DE DERECHO Y RAZONES DE LA DEFENSA, precisa que todas sus actuaciones están y siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas a esta Administradora de Fondos de Pensiones lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la ley 100 de 1993; que el formulario de afiliación a la entidad cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 693 de 1994, artículo 11 y ss.; que la AFP le brindó una asesoría completa y comprensible al demandante al momento de realizar la afiliación, *“...asesoría que se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme a las exigencias existentes para ese momento. Esto es así, dado que mi representada se ha caracterizado siempre por capacitar a sus asesores de la mejor manera para que puedan brindar una asesoría clara, completa, integral, pero sobre todo profesional respecto al Régimen de Ahorro Individual y sus efectos...”*, asesoría que comprende temas como *“...la posibilidad que tienen de optar por una pensión a una edad anticipada, siempre y cuando cuenten con capital suficiente que les permita financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente al año de 1993, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993; la figura de la Garantía de Pensión Mínima de Vejez a la que tienen derecho en el evento de no cumplir con el capital requerido podría acceder a la pensión de vejez, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la ley 100 de 1993; Igualmente, se les da a conocer la posibilidad de obtener unos excedentes de libre disponibilidad, el factor herencia del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual a falta de beneficiarios de Ley, entre otras ventajas. De igual forma, se le entera sobre las implicaciones que apareja su afiliación al RAIS y los aspectos diferenciadores respecto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida....”*; por lo que es ilógico que ahora se pretende la nulidad y/o ineficacia del acto de afiliación derivada de un vicio del consentimiento por error, dado que *“...se afilió de forma voluntaria, manifestando su consentimiento con la suscripción del formulario, luego de habersele brindado*

la asesoría pertinente para la toma de la decisión y en ese sentido dicha decisión de afiliación estuvo claramente exenta de cualquier vicio del consentimiento...”

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, Buena fe, Prescripción, Aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y la “innominada o genérica” (fls. 4 a 24 PDF 16).

- Respecto a la vinculada **Skandía S.A. Pensiones y Cesantías**, mediante auto de 29 de septiembre de 2022, se tuvo por no contestada la demanda por parte de esta AFP, señalándose que ésta no dio respuesta al libelo incoatorio dentro del término legal (PDF 18)

II. SENTENCIA DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá (Cundinamarca), mediante sentencia del 31 de octubre de 2022, decidió:

*“(...) **Primero: Declarar ineficaz** el traslado efectuado por el demandante **Gustavo Amado López** en el año 1996, 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, según las sentencias de la CSJ..*

***Segundo: Declarar** que el demandante **Gustavo Amado López** ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial.*

***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 estén consignadas en su cuenta de ahorro individual, la del demandante, incluido los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes*

a los gastos y/o comisiones de administración, 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 indexados y con cargo a sus propios recursos, y eventualmente los bonos pensionales, si los hubiere o en su defecto cuando se rediman.

Cuarto: Condenar a la entidad demandada Skandia S.A. Pensiones y Cesantías y a Protección S.A. Pensiones y Cesantías a que trasladen a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones los dineros cobrados al demandante, por concepto de comisiones y/o gastos de administración, así como los valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, con cargo a sus recursos y debidamente indexados.

Quinto: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez Porvenir, Protección y Skandia trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción, a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

Sexto: Declarar no probadas las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, descapitalización del sistema pensional, e inexistencia del derecho para regresar al RPM, y relevarme entonces del estudio de las restantes.

Séptimo: Condenar en costas de primera instancia a Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, Protección S.A. Pensiones y Cesantías y Skandia S.A. Pensiones y Cesantías. En su liquidación, inclúyase la suma de 3 salarios mínimos legales vigentes mensuales por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante, acorde con la suma globalizada, por supuesto sabe lo que dice el CGP sobre cuando se hace de esta manera, acorde con lo previsto en el numeral 1° del artículo 5.º del Acuerdo PSAA16 10554 de 2016 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 19 y 20).

III RECURSOS DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA:

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de las entidades demandada, formularon recursos de apelación, que sustentaron en los siguientes términos:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,

señaló:

“(…) Gracias su Señoría, con todo respeto me permito interponer recurso de apelación contra la presente providencia teniendo como fundamento lo siguiente:

Como primer punto, tenemos el tema sobre la prohibición legal: Se debe reiterar que al momento de la solicitud de retorno al régimen de prima media, la parte demandante se encontraba dentro de una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la cual manifiesta que después de un 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 su pensión.

Como segundo punto, tenemos que no acreditan vicios del consentimiento en el presente caso. Es así como dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del CC. Ahora bien, no nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la parte demandante y el fondo privado por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a la anulación de resolución judicial. No obstante, la nulidad pretendida no se alegó dentro del término que refiere el artículo 1750 del CC, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro (4) años, los cuales se contarán en el caso de error o dolo desde el día de la celebración del acto o contrato, y si el traslado de régimen en el presente caso se efectuó desde el año 1996, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad se debió haberse pedido antes del año 2000.

Debe igualmente tener en cuenta el Despacho que existió ratificación expresa o tácita que sanea el presunto vicio del contrato; en el presente asunto la demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibídem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento; ello si se tiene en cuenta que el demandante durante todo este tiempo ha consentido que se le hagan los descuentos respectivos con destino a su ahorro individual.

Como tercero, 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 en el consentimiento entendido como el deber de información; en el presente caso se torna imposible probar hechos ocurridos en el año 1996, habiendo transcurrido más de 25 años a la

fecha, por lo tanto, es aplicable al presente caso, el principio que reza que nadie está obligado a probar lo imposible.

Como cuarto, respecto al deber de información: Tenemos que el precedente de la Corte Suprema utiliza como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993; sin embargo, este deber solo se materializa a través de la Ley 1748 de 2014, 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 el consentimiento 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, la cual suscribió el formulario y realizó el efectivo traslado en el año 1996; 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 C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, y SU 130 de 2013 la Corte Constitucional en materia de traslado, se manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados al sistema, dado que el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida se descapitalice; la declaración injustificada de ineficacia de traslado de una afiliado al Régimen de Prima Media al Rais, afecta la sostenibilidad financiera de sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por todas las razones expuestas en precedencia, se solicita respetuosamente a los Señores Magistrados se sirvan revocar la presente providencia y en consecuencia se absuelva a Colpensiones. Gracias su Señoría...”.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PORVENIR S.A., sostuvo:

“ (...) De manera respetuosa me permito interponer recurso ordinario de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida, solicitando en esta oportunidad al Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca del Distrito en su Sala laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaración de ineficacia de la afiliación del demandante a PORVENIR en el año 1996, como la consecuencia de los traslados horizontales

igualmente, y de todas las condenas impuestas en contra de mi representada, conforme a la siguientes consideraciones:

En primer lugar, debe advertirse que si bien existe y no se desconoce un precedente jurisprudencial planteado por la Honorable Corte Suprema de Justicia, también esta Corporación ha indicado que el precedente no se puede aplicar de una manera homogénea e indiscriminada a todos los procesos donde se solicita la nulidad o la ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información. En efecto, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso; situación que para esta representación no se da en el presente asunto, pues el accionante realizó su traslado de régimen pensional de una manera voluntaria e informada, todo de conformidad con la normatividad vigente para el año 96, la cual debe advertirse y por supuesto aclararse no existía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda y por supuesto argumentados en el fallo de segunda (sic) instancia.

Ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado en cuanto al tipo de condición, característica, acceso y efecto del Sistema General de Pensiones, se encontraba plenamente establecidas en la Ley 100 del año 93, por lo que el accionante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información, no solo otorgada por parte de PORVENIR sino por el fondo ING y por supuesto por la codemandada SKANDIA, en los múltiples traslados horizontales que realizó durante su vida laboral.

De igual manera, véase Señores Magistrados como todo consumidor financiero, el accionante debía actuar con medida diligencia la cual suponía por lo menos obtener información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, y con mayor razón si los actos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esta decisión estaban determinadas en normas legales de público conocimiento, por lo que no se puede defenderse de que no se le suministro ninguna información referente a las condiciones de su afiliación; como quiera que en efecto a criterio de esta representación se sigue manteniendo la línea argumentativa por parte de PORVENIR que el accionante no es un afiliado lego sino por el contrario ostentaba condiciones profesionales y académicas que le permitían precisar las consecuencias del acto jurídico que estaba adoptando no solo con PORVENIR sino con el fondo SKANDIA y PROTECCIÓN.

De tal manera Señores Magistrados, no se puede pasar por alto ni mucho menos desconocer la situación de Congresista de la República que ostento el señor AMADO desde el año 2009, como tampoco se puede desconocer un desconocimiento (sic) de la ley de Seguridad Social, aun cuando el Decreto 720 le impone los deberes al consumidor financiero, no se pueden desconocer estos deberes de un

consumidor financiero, y si se les otorga a un consumidor ciudadano que no ostenta estas calidades pues no se pueden objetar también de un ciudadano que ostentó y tuvo a su favor funciones públicas del Congreso de la República.

Así mismo debe señalarse bajo estos argumentos, que el actuar de PORVENIR siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento de materializarse el acto de traslado.

Así las cosas teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, y que no existen razones fácticas y jurídicas que permitan establecer la ineficacia, por cuanto se recuerda que antes de adoptar la decisión se recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado, prueba de ello fue su interrogatorio de parte, que confesó a criterio de esta representación, lo que establece el artículo 191 y siguientes, algunas características del régimen de ahorro individual, suscribiendo así formularios de solicitud de vinculación en más de 8 oportunidades; véase aún más, en ningún momento fueron tachados de falsedad en la oportunidad procesal pertinente por la parte accionante, debiendo hacerlo si estaba alegando la nulidad del traslado, y léase bien, no la ineficacia del mismo.

De igual manera, estos formularios cumplían los requisitos de la Superintendencia Bancaria, haciéndolo por supuesto de una manera libre y voluntaria.

Ahora bien, en relación con los rendimientos debe señalarse que si es declarado ineficaz el traslado, el efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder, véase bien a los que se hubiesen generado en la reserva del Instituto de Seguro Social hoy Colpensiones y no los que se generaban en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues no tendría sentido que si el traslado al RAIS no surtió efecto legal, se obligue a trasladar los rendimientos propios de este régimen que incrementó de una manera potencial y significativa los aportes en su cuenta de ahorro individual a los que hubiera podido ostentar el señor GUSTAVO en el Régimen de Prima Media.

En este orden de ideas, tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas por concepto de seguros provisionales y cualquier gasto de administración o sumas de seguro provisional, como quiera que estos emolumentos no están llamados a financiar la pensión del accionante sino por el contrario corresponde a una erogación legal que le asiste a los fondos privados con carácter y no facultativo; por lo tanto, en los más de 20 años que ha estado afiliado el señor GUSTAVO al fondo privado se realizaron los debidos descuentos en virtud de la norma anteriormente citada.

Ahora bien, véase bien, en lo que corresponde a la devolución de los emolumentos indexados, Señores Magistrados, debe tenerse en cuenta que se está incurriendo en una doble condena a PORVENIR. En efecto, el Juez también está obligando al reintegro de los rendimientos, de tal manera que si se han de regresar estos últimos que son dineros actuales, no se puede generar entonces una entrega de dineros indexados, ya que eso generaría una actualización de la moneda corriente, por lo que se estaría incurriendo en una doble condena a PORVENIR, tal y como lo señaló en efecto la sentencia del Distrito Judicial de Cundinamarca con radicado 2021-111 con la ponencia del doctor Luis Alejandro Torres García, en las cuales no es procedente devolver esos emolumentos indexados, como quiera que también se está devolviendo también las sumas de los rendimientos.

Por tal razón, llama la atención Señores Magistrados a esta representación, como quiera que el juzgador de primera instancia no acató el precedente de su operador Funcional Superior que es el Distrito Judicial de Cundinamarca.

Finalmente, en lo que corresponde a las agencias en derecho, debe desestimarse dicha declaratoria de condena como quiera que el traslado del Régimen de Ahorro Individual reviste plena validez y no debe ser declarada la ineficacia del mismo.

Por todo lo anterior, es que solicito respetuosamente al Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca, se sirva revocar la presente decisión que corresponde a la declaración de ineficacia frente a todas y cada una de las condenas que fue acreedora PORVENIR.

En estos términos dejo presentado mi recurso de apelación, agradeciendo a ud. su Señoría el uso de la palabra. Gracias..."

**LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
SKANDIA S.A., sostuvo:**

"(...) Gracias señor Juez. Siendo esta la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia que acaba de ser dictada por el Honorable Despacho, en este momento, para que sea concedido ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca, bajo los siguientes argumentos:

No se comparte los argumentos de condena expuestos por el juzgado de primera instancia, debido a que, la gran mayoría de éstos si no es que todos, radican en el supuesto incumplimiento del deber de

información por parte de las diferentes AFP acá demandadas, sin embargo, vale la pena reiterar que para el momento del traslado o la fecha del traslado de régimen esto es en 1996 y la mayoría de los 7, 8 traslados horizontales que se produjeron con posterioridad, fueron con anterioridad a la Ley 1328 de 2009 que en su artículo 24 agrega o desarrolla un artículo del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y dentro de estos, es el literal b) establecer las normas generales sobre la información que se debe suministrar a los afiliados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sin perjuicio de las instrucciones particulares que sobre la materia pueda impartir la Superintendencia Financiera de Colombia.

Me pregunto yo, si existía el deber de información para el año 2009 tal como se exige por la jurisprudencia a las AFP el día de hoy, porque en el año 2009, se expide una ley que dice que se deben establecer las normas para determinar qué información se debe suministrar; realmente no lo entiendo si estas obligaciones, requisitos de información ya existían, por supuesto que esa norma no hubiera sido expedida y por supuesto que la aplicación de la ley en el tiempo jamás puede ser de forma retroactiva como lo prevé la Constitución Política de Colombia.

Reitero, que existía en la época del traslado de régimen y en casi todos los otros traslados horizontales, estaba vigente el artículo que está vigente hoy, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, y basta remitirse, ya lo hice en los alegatos, basta remitirse a su contenido literal para ver que lo que se exigía era una comunicación donde se manifestara que régimen se estaba eligiendo y que era de manera libre, espontánea y sin presiones. En desarrollo de esta norma, las AFP incluida mi representada, con el acompañamiento en su momento de la Superintendencia Bancaria desarrollaron los diferentes formularios de afiliación, previamente aprobados por la Superintendencia Bancaria y con ellos fue que se empezó a producir los traslados de regímenes, que por supuesto en esos momentos existían reuniones en las que se explicaban a los posibles afiliados, las ventajas que existían en el régimen del RAIS o en el régimen privado; pero reitero no existía norma alguna como si existe hoy y como existe pronunciamientos en los que se digan que se debe hacer una comparativa entre los dos regímenes, beneficios, desventajas de cada uno, la minucia en la características, no existía, no existía, y prueba de ello que es, que cuando se empiezan a generar estos procesos de nulidad o ineficacia, porque al principio fueron de nulidad os órganos judiciales daban la razón a las AFP, porque no existían esas normas; van cambiando el precedente, empiezan a exigir un deber de información muchísimo más amplio pero con fecha muy posterior a los hechos ocurridos acá; entonces, yo realmente no entiendo como un privado actúa bajo la observancia de una autoridad pública porque así lo dispone una ley, y 10, 15, 20

años después es sancionado, castigado judicialmente por haber actuado mal, cuando reitero siempre estuvo guiado por la propia autoridad pública.

En ese sentido, reitero, el alcance del deber de información que se exige hoy y que se plasmó en la sentencia que ahora está siendo recurrida, no existía para el año 1996, y en consecuencia no hay incumplimiento a ninguna de estas normas y ante la ausencia de un incumplimiento, pues no puede proceder el efecto de la ineficacia.

Por otro lado, y más allá de que se confirme o no el tema del traslado a Colpensiones, vale la pena reitera lo relativo a los rendimientos, a los valores utilizados para el pago de primas para el seguro provisional, de gastos de administración, todos éstos conforme lo dispone la Ley 100 de 1993, no son recursos destinados a la financiación de la pensión de vejez. Si el efecto de la ineficacia es retrotraer las cosas al momento inicial, pues al momento inicial no existían por ejemplo los rendimientos generados activamente por cada una de las AFP, entonces no se puede utilizar una figura jurídica para aplicar unos efectos convenientes para unos temas y no observarlos para otros aspectos; reitero, si el efecto es retrotraer las cosas pues eso implica los rendimientos necesariamente.

Más allá si se mantiene el tema de los rendimientos, pues con los rendimientos se está supliendo cualquier pérdida del valor que se haya podido generar durante el tiempo pro lo cual no tendría sentido alguno ordenarlos de forma indexada.

Finalmente, reitero, en lo que respecta a los valores utilizados para los seguros provisionales, éstos son por ministerio de la ley ordenados a las AFP, que en cumplimiento de ella, mi representada y las demás AFP suscribieron estos seguros, pagaron las primas a las aseguradoras, y que durante todo este tiempo el demandante estuvo asegurado y sus riesgos cubiertos, sus riesgos de invalidez, vejez de muerte por parte de las aseguradoras, no se puede desconocer esa gestión y que en efecto se materializó esa situación,

Y, reitero en lo que respecta a los gastos de administración, gracias a esos gastos de administración es que las AFP, pudieron gestionar activamente los recursos del demandante, se generaron unos rendimientos que hoy se ordenan trasladar a Colpensiones, rendimientos gestionados por las AFP privadas se ordenan trasladar a Colpensiones, no es eso suficiente de forma indexada, y no es eso suficiente sino que lo que se cobró por gastos de administración, o sea por haber generado esa gestión, también se ordena el traslado a Colpensiones, generándose pues por supuesto un desequilibrio evidente e injustificado en cabeza de Colpensiones. En ese sentido,

HM dejo expuesto mi recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Mil gracias señor Juez...”

El juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos. Recibido el expediente por la Secretaría del Tribunal fue asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION:

En el término concedido en segunda instancia para alegar, la parte demandada, presento sendos escritos de alegaciones ante la Corporación.

La **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se condene en costas a la parte demandante; manifestando que en el evento de no atenderse dicha solicitud, de manera subsidiaria se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones al indicar

“...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 al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos...”; mencionando:

“(...) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En primer lugar, debe señalarse, que no es ajeno a esta apoderada judicial, la actual postura de la H. Corte Suprema de Justicia frente de las nulidades e ineficacia de traslado, que incluso se viene aplicando por esta alta corporación vía tutela¹, sin embargo respetuosamente me alejo de dicho análisis, toda vez que la Corte Suprema de Justicia hasta hace muy poco, estuvo conformada por 5 magistrados que actualmente volvieron a ser 7, y de estos 5 las reglas creadas para ineficacia fueron dadas por dos magistrados, que nunca se ha pronunciado sobre los fuertes argumentos que

esgrimen los fondos de pensiones y que si bien los fallos actuales de la Corte fundaron las bases de este nuevo precedente de las sentencias de 2008 de la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, los supuestos facticos de aquellas a los de ahora distan bastante, por lo cual ruego a la sala de decisión se tenga en cuenta los que paso a reiterar.

- I. **Sobre la prohibición legal:** *Al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba dentro de una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha 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.*

- II. **Sobre no acreditar vicios del consentimiento:** *dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), ahora bien no nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la DEMANDANTE Y PORVENIR S.A, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.*

*No obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durara cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo en **Septiembre de 1996** según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de **Septiembre de 2000**.*

Debe igualmente el despacho tener en cuenta que existió ratificación expresa o tácita que sanea el presunto vicio del contrato y, en el presente asunto el EMANDANTE saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizo el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que el DEMANDANTE durante todo este tiempo (diligenciamiento del formulario de cambio de régimen hasta la fecha de presentación de la demanda), ha consentido en que se le hagan los descuentos respetivos con destino al ahorro individual.

- III. **Respecto a la carga de la prueba:** *En el presente caso no existe prueba que ermita acredita si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, sin*

embargo la Corte Suprema de Justicia en aplicación del artículo 1604 del Código civil, que nos habla de la responsabilidad del deudor, sin embargo pese a que la alta corporación no aplica las demás normas de código civil, al darle relevancia a este, no analiza quien es el deudor y quien el acreedor en un contrato de afiliación, pues es el afiliado el que debe al fondo la realización de sus aportes y que solo hasta que se pensiona se invierten las partes, por lo cual el fondo de pensiones no es a quien le compete la carga de la prueba, por lo cual existe una indebida y errónea interpretación del artículo 1604 del Código Civil, por lo cual ruego se aplique el artículo 167 del CGP, y en consecuencia dentro del proceso no existe prueba con la cual acreditar vicio alguno.

En el presente caso se torna imposible probar hechos ocurridos en el año 1.996, hace más de 24 años, y nadie está obligado a lo imposible.

IV. Respecto al deber de información: *el precedente de la Corte Suprema, utiliza como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo este deber solo se materializo 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, 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 y realizó el respectivo traslado en 1.996.*

Imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible, que quebrante la seguridad jurídica y basa las decisiones de los jueces en supuestos.

Si bien la AFP debió informar de manera suficiente al actor esto no la exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrada 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, para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviera menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia, en la medida en que de su elección dependerán las condiciones de cubrimiento de las contingencias, amparadas por el sistema de seguridad social y en particular la de vejez, lo que convierte a los afiliados en incapaces para suscribir contratos.

V. Sobre la descapitalización del sistema: *En sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslado, 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 media con prestación definida se descapitalizaría.

La declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a 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.

Citando textualmente la sentencia T- sentencia T- 489 de 2010 No se puede permitir “la descapitalización del fondo”, si personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento, cuando les faltan ya menos de 10 años para concretar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión, cuyo pago desfinancia el sistema.

En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas”...” (PDF 05 Cdno. 02SegundaInstancia).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **SKANDIA S.A.**, peticona se revoque el fallo de primera instancia y se absuelva a dicha entidad de las condenas impuestas en su contra; para lo cual señala:

“(...) I. SUSTENTACION DE LOS ALEGATOS

“...Lo previamente enunciado fundamentado en que, en lo relacionado con mi representada, ésta siempre actuó con honestidad, rectitud y transparencia al efectuar la afiliación del demandante y durante el tiempo en que administró los recursos de este; la asesoría proporcionada fue completa, veraz y suficiente.

Acorde a lo previamente enunciado, es dable inferir que mi poderdante realizó una debida gestión de los recursos encomendados, situación que en ningún momento fue desacreditada dentro del proceso de la referencia, con lo cual, se debe modificar la sentencia de primera instancia, so pena de que se materialice un enriquecimiento sin justa causa y el pago de lo no debido a favor de COLPENSIONES. Ello guarda sentido ya que implicaría desconocer lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 frente a la titularidad y discriminación de los recursos pensionales dirigidos a

financiar prestaciones económicas de los afiliados al Subsistema General de Pensiones y dado que Colpensiones no ejecutó gestión alguna frente a los recursos del demandante.

En igual sentido es dable indicar que incluso si el demandante no se hubiese trasladado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en el Régimen de Prima Media también se habría destinado un porcentaje de la cotización a los gastos de administración y a las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia, fundamentado en lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, razón por la cual, no puede desconocerse la gestión y los seguros tomados durante la afiliación del demandante con mi representada, tal como se indica en el Concepto de la Superintendencia Financiera con radicado 2019152169-003-00. El desconocimiento de lo previamente enunciado haría que las restituciones recíprocas, producto de una eventual ineficacia del traslado, no se materialicen verdaderamente y, por el contrario, se genere una afectación desproporcionada en cabeza de mi representada.

Por otro lado, mi representada no incurrió en ningún tipo de falta de derecho que justifique la condena impuesta en primera instancia, actuó de buena fe, en armonía con la confianza legítima y bajo la normatividad vigente al momento de la afiliación del demandante con SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y ello se evidencia, incluso, en el formulario de afiliación que obra en el expediente y que data del 28 de abril de 2005.

Adicional a lo anterior, respaldado en lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1996 de 2019 y dado que en el expediente no obra prueba en contrario, es dable inferir que el demandante es completamente capaz en los términos de los artículos 1502 y 1503 del Código Civil, eligiendo de manera libre sin ningún tipo de coacción, pertenecer al Régimen de ahorro individual durante gran cantidad de años, sin realizar ningún tipo de queja, manifestar inconformidad o reclamo alguno.

Por otra parte, es evidente, de conformidad con el escrito de demanda, que lo que motivó al demandante a solicitar la nulidad del traslado al Régimen de ahorro individual, no reposa en la forma en cómo se produjo el traslado, sino en el supuesto de hecho de no cumplir con las expectativas frente al monto de su pensión. Siendo así, pongo de presente que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, ha esgrimido que no puede entenderse como un engaño a los afiliados, la circunstancia de no cumplir con la expectativa personal de pensión, por cuanto el monto de la pensión finalmente depende de diferentes factores, como lo son el ingreso de la persona, aportes voluntarios y circunstancias familiares, etc.

En relación con el punto anterior, se tiene que, la inconformidad del accionante es con el monto de su mesada, por lo que es menester poner de presente que, no se puede hablar de un perjuicio por pertenecer a uno u otro régimen, en la medida que, el sistema general e seguridad social en pensiones se encuentra conformado por dos régimen diferentes y excluyentes entre sí, cuyos beneficios, estructuras, reconocimientos y derechos son discordantes entre ellos. Así las cosas, mientras la mesada pensional de RPM se calcula con base en el monto de los aportes durante los últimos diez años de cotización o, el monto de los aportes durante la totalidad de la historia laboral aunado a la densidad de cotización exigida por la ley; de otro lado, en el RAIS la mesada pensional obedece a cuál fue el monto acumulado por el afiliado en la cuenta de ahorro individual al igual que sus rendimientos, sumados a la previsión de la expectativa de vida y la conformación familiar del afiliado. De lo anterior, se concluye que la forma de calcular la pensión en el RAIS es diferente al RPM, condiciones que el accionante aceptó con las afiliaciones realizada al RAIS.

Ergo, mi representada en ningún momento obró de mala fe, no desconoció la normatividad vigente, adquirió los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia imperativos para el desarrollo de la gestión encomendada, no transfiguró las características propias del Régimen de Ahorro Individual, ya que ello proviene de la propia Ley y cumplió con todas las obligaciones que estaban en su esfera de control al brindar la debida asesoría y manejar adecuadamente los recursos del demandante.

Por otra parte, el libelo introductorio exigía frente a mi representada, obligaciones que no estaban vigentes cuando se realizó el traslado, por lo que deben tenerse en cuenta los efectos de la ley en el tiempo y el hecho de que la declaratoria de ineficacia no puede ser aplicada en sentido estricto, ya que existen hechos que por su naturaleza no pueden retrotraerse, como la adquisición de contratos de seguro que ampararan los riesgos inherentes a la invalidez y/o muerte, ello ya que efectivamente el afiliado si gozó de dicho amparo o cobertura y, en consecuencia, mal haría el fallador de segunda instancia en imponer de manera retroactiva obligaciones imposibles de cumplir, cuando los hechos ya han acaecido.

Es debido precisar que la consecuencia de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió, es decir que la parte demandante, nunca estuvo afiliada. Por lo tanto, significaría decir que sus aportes, nunca fueron a una cuenta individual que fue administrada por mi representada, y frente a la cual se generaron unos rendimientos, por lo tanto, si nunca existió esta afiliación no habría lugar a devolver los rendimientos que se generaron durante todos los años, en que el demandante, estuvo afiliado, con lo cual, es notoria la desproporción

en la condena y la generación de una carga injustificada sobre mi representada.

Frente a la devolución de los gastos de administración y demás valores de forma indexada, quisiera precisar que ello no es compatible con la condena relativa al traslado de los rendimientos obtenidos al Régimen de Prima Media, ya que, con esta última se estaría compensando la depreciación del poder adquisitivo, con lo cual, se estaría materializando injustificado en cabeza de mi representada.

Por ende, solicito a los honorables Magistrados revocar la decisión en lo atinente a mi representada, para así absolverla de todas y cada una de las pretensiones...”PDF 06 Cdno. 02SegundaInstancia).

Ahora, si bien Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**, allegó escrito contentivo de alegaciones (PDF 07), se advierte que lo hizo de manera extemporánea. Se dice ello, habida consideración que el término del traslado venció para la parte apelante (Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A), el 6 de diciembre de 2022, como quiera que la providencia mediante la cual se dispuso correr el traslado respectivo data del 28 de noviembre de esa anualidad (PDF 04), y la citada sociedad, remitió correo a la Secretaría de la Sala Laboral de esta Corporación, con las correspondientes alegaciones, el 9/12/2022 15:32, es decir, por fuera de la oportunidad respectiva (fl. 83,PDF 07); situación que imposibilita tenerlos en cuenta en esta ocasión.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada Colpensiones y las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A., teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación. No obstante, también se surtirá el grado de consulta a favor

de Colpensiones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 y lo expuesto por la jurisprudencia laboral, entre otras en la sentencia CSJ SL 2807-2018 Rad. 68769.

Bajo ese contexto, corresponde a la Sala verificar, si se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó el juez, o, por el contrario, no hay lugar al mismo debiendo absolverse a las demandadas de las súplicas de la demanda como lo alegan las recurrentes., y de considerarse que, si hay lugar a la ineficacia del traslado, si resulta procedente o no, ordenar trasladar los rendimientos financieros, los gastos de administración y primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados; y si procede la condena en costas a Porvenir S.A..

Inicialmente se debe indicar, que tal como lo ha reiterado la jurisprudencia legal, las administradoras de fondos de pensiones, desde el momento de su creación o fundación, tienen el deber de ofrecer información a los usuarios del sistema pensional para que estos puedan adoptar su decisión de forma libre y consciente, 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, reiterada en SL1689 de 2019).

Y es que, ese deber de información sin duda alguna repercute en el futuro pensional del usuario o afiliado; obligación que con el paso del tiempo se ha acrecentado, pues inicialmente se tenía 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); luego, 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).

Por consiguiente, concierne 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 de la demandante, y desde esa óptica determinar si el fondo de pensiones efectivamente cumplió o acató esa obligación.

Así, es preciso recordar entonces, 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 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 enunciado “...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. Sobre este punto, 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)

También, 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 esas 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...” (resaltado fuera de texto).

Frente a la *información necesaria* que menciona el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la jurisprudencia legal, entre otras, en sentencias CSJ SL1452 de 2019, reiterada en SL1689 de 2019; precisó que la misma debe contener “...*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 ello, 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. Respecto 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).

Debe indicarse que en este sentido, el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se viene edificando desde el mes de septiembre de 2008, distinguiéndose, entre otras en la estructuración de su criterio, el cual ya fue sustentado las sentencias de casación: 31989 y 31314 del 8 de septiembre de 2008; 33083 de 2011; SL12136-2014, radicado 46292; SL413-2018, radicado 52.704; SL361-2019, radicado 63.615; SL1688-2019, radicado 68.838; SL4875-2020, radicado 85.325; SL4680-2020, radicado 84.741; SL373-2021, radicado 84.475; SL3168-2021, radicado 87.797; SL3871-2021, radicado 88.720; SL1217-2021, radicado 85.054 y más recientemente, este año, las sentencias SL755-

2022, radicado 90.519; SL756-2022, radicado 90.558 y SL800-2022, radicado 86.452.

Bajo ese panorama, al ser indudable el deber de las administradoras de fondos de pensiones, desde su creación, 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 los recurrentes en el sentido que dicho deber no existía para el momento del traslado en el año 1996, sino que solo se materializó con la expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, *“...por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con ese consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre y voluntario sin presiones e informado y el consentimiento del afiliado respecto de ese 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...”* como lo sostiene Colpensiones; ya que como ampliamente lo ha expuesto la jurisprudencia, los datos registrados o contenidos en dichos formularios o instrumentos, no son suficientes para tener demostrado ese deber de información que le asiste al fondo, es decir que ese documento no corresponde a un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información, por el contrario, contienen datos que el afiliado le suministra a la AFP al diligenciar el formato de afiliación o vinculación (CSJ SL373-2021); por tanto, se reitera, no da certeza que la entidad cumplió con el deber de suministrar, en este caso al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara y comprensible para que aquel tomara una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes, y es que materialmente ello no se puede extractar del citado documento; y

tampoco se puede tener por cumplida tal obligación por el hecho que el afiliado aquí demandante fuere “...congresista de la República...”, o porque no cumplió con sus deberes como consumidor financiero, además “...ostentaba condiciones profesionales y académicas que le permitían precisar las consecuencias del acto jurídico que estaba adoptando no solo con PORVENIR sino con el fondo SKANDIA y PROTECCIÓN...”; y efectuó varios traslados entre AFP del RAIS, como lo alegan los recurrentes, puesto que “...Tampoco puede tener justificación la circunstancia que la accionante tuviera como profesión la abogacía, pues independiente del grado de escolaridad, experiencia, edad o condición personal del afiliado, **es obligación de las administradoras de pensiones brindar la debida información, lo cual no solo debe incluir las ventajas, sino la especificación de los diferentes escenarios o posibles consecuencias de tal decisión...**” (Sent. CSJ SL1949-2021), aspectos que a manera de resultar insistentes, no se observaron en el presente asunto.

De otra parte, debe recordarse que dentro de la dinámica de los procesos de ineficacia o nulidad de régimen pensional, conforme lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, resulta indispensable que la respectiva administradora de pensiones demuestre dentro de la litis el respectivo consentimiento informado que previamente otorgó el respectivo afiliado, siendo este un presupuesto de inversión de la carga probatoria en este tipo de litigios, estimándose que solo con tal acreditación lo dispuesto dentro de las actuaciones de traslado de régimen goza de plena validez.

En cuanto a lo anterior, considera la jurisprudencia que dentro de las circunstancias previamente narradas, surge el interrogante de cuál de los sujetos procesales es el llamado a demostrar la existencia de tal

información; y aunque en principio, se conforme a lo establecido en el CGP se sabe que es el demandante quien tiene la carga de demostrar los supuestos de hecho de las normas cuyo efecto jurídico pretende su aplicación, es igualmente cierto que si el demandante afirma que al momento de la afiliación no se le informó de manera adecuada las consecuencias del traslado, ello corresponde a una negación indefinida que, inmediatamente, traslada la carga probatoria a la demandada, para que demuestre el hecho positivo, inherente al cumplimiento de las exigencias legales del caso que no son otras que el deber de información al afiliado.

Al estar centrado el debate en que la AFP, no suministró la información pertinente que ilustrara a la accionante al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP. Al respecto en sentencia SL 1688-2019, Radicación 68.838, proferida con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acotó lo siguiente:

“(...) 3.- De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado.

Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el

hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo...”

Debe agregarse en este sentido que dicha Colegiatura en sentencia de casación SL4373-2020, Radicación 67556 de fecha 28 de octubre de 2020, precisó: *“...En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional...”*

Bajo ese contexto, en el presente asunto, se advierte que el aquí demandante nació el 24 de mayo de 1957, como se advierte de su cédula de ciudadanía (fl. 33 PDF 07); que laboró en la *Secretaría de Educación del Vichada* entre el 4 de mayo de 1977 al 30 de diciembre de 1978; en el *Fondo Educativo Regional Guaviare* del 12 de febrero al 31 de julio de 1978; en el *Departamento del Guaviare* de manera interrumpida entre el 17 de junio al 9 de septiembre de 1983, del 20 de julio de 1986 al 31 de diciembre de 1991, del 1° de enero de 1992 al 6 de agosto de 1993, del 20 de agosto de 1993 al 29 de octubre de 1993; en el ISS del 1° de marzo de 1995 al 30 de septiembre de 1996, según Historia Laboral de Porvenir (fls. 39 y ss. PDF 07); que se afilió a *Porvenir S.A.* el 24 de octubre de 1996, a *ING* el 30 de septiembre de 2003, el 28 de abril de 2005 a *Skandia*, el 3 de marzo de 2006 a *ING*, el 27 de diciembre de 2006 a *Skandia*, el 15 de agosto de 2007 a *ING*, el 31 de julio de 2008 a *Skandia*, el 18 de marzo de 2009 a *ING*, el 23 de septiembre de 2009 a *Skandia*, el 24 de marzo de 2010 a *Porvenir*, el 14 de octubre de 2010 a *Skandia*, y el 5 de septiembre de 2012 a *Porvenir*, conforme Historial de Vinculaciones de SIAFP de Asofondos (fl. 76 PDF 07) y los respectivos formularios o formatos de afiliación allegados al expediente (fls. 31, 32, 34, 35, 36, 76,

77 PDF 07); pues tales situaciones fácticas no fueron objeto de reparo alguno por las partes.

Para proferir su decisión, el juzgador de primer grado, consideró que había lugar a declarar la ineficacia de afiliación pretendida por la demandante, toda vez que:

“...en ese orden la situación particular del deber de información debe ser analizada en su vinculación inicial de 1996 y por supuesto sus traslados horizontales, es decir con fundamento en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, según el cual los fondos privados tienen la obligación de suministrar información necesaria y transparente a los afiliados de suerte que les permita a través de elemento de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas en armonía con la Ley 1328 del año 2009 y los Decretos 2241 y 2555 del año 2010’, con los cuales se planteó sobre el deber de asesoría y buen consejo, consistente en dar a conocer con claridad las distintas opciones del mercado, así como sus características, condiciones, riesgos, consecuencias, lo que de suyo implica un análisis previo, calificado y global de los antecedentes de cada afiliado, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación acerca de lo que más le conviene a la persona y por lo tanto lo que eventualmente le perjudicaría (Sent. SL1452 de 2019).

Lo dicho entonces no hay forma de hacerle producir efectos jurídicos a las declaraciones del demandante por su vinculación como congresista, tampoco por su profesión como abogado porque una cosa es participar en el ámbito regulatorio del país y otra cosa recibir asesoría técnica sobre información acerca del funcionamiento del régimen de ahorro individual con solidaridad y mucho menos cuando hizo parte de la comisión 5ª que como lo dije toca temas ambientales y agropecuarios.

De los formularios de vinculación tampoco se advierte el cumplimiento del deber legal de información aun cuando en su contenido se empleen leyendas o afirmaciones como que la afiliación se hace libre, voluntaria y sin presiones; insisto dentro de los traslados horizontales del mismo régimen no puede desprenderse tal ... aprobatoria por parte de las entidades aquí demandadas, mucho menos cuando la tesis de los actos de relacionamiento ha sido completamente desechada al contrariar la premisa jurídica según la cual si desde el momento inicial no se dio la información concreta, ese acto primigenio estaría afectado y por ende, cualquier negocio

subyacente tendría igual consecuencia jurídica según la sentencia SL5252 de 2021, salvo agrega este sentenciador, si alguna de las entidades de seguridad social posteriores demuestra algún tipo de asesoría en debida forma y aun así el asegurado haya decidido permanecer en ese régimen, esa situación particular puede valorarse para determinar digamos, cuáles fueron los efectos o la incidencia de esa información en su estancia o permanencia en ese régimen.

Lo anterior permite entonces concluir, que los fondos privados aquí involucrados no han demostrado su carga de la prueba y por lo mismo hay que asumir que deshonraron su deber legal y en ese sentido se hace procedente declarar la ineficacia pretendida, sin que sea suficiente la simple manifestación en la contestación de la demanda sobre que toda esa gestión profesional se dio de manera verbal sin que exista un elemento de juicio que respalde tal aspecto al tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP....”

En ese orden de cosas, observa la Sala que, no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral para predicar la legalidad del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que el demandante, antes de trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 24 de octubre de 1996, 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.

Al respecto, nuevamente se reitera, la circunstancia que la demandante hubiere firmado formularios pre-impresos de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad inicialmente con Porvenir S.A. y luego con distintas administradores de pensiones entre ellas las accionadas Protección S.A. y Skandia S.A. conforme los traslados horizontales que efectuó; con ello no se garantiza el deber de información que le asistía a la respectiva administradora de pensiones del Régimen de Ahorro Individual, para entender satisfecha tal obligación por

parte del fondo de pensiones, pues estando de por medio el derecho constitucional irrenunciable a la seguridad social, acorde con lo adoctrinado por la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era necesario que se le hubiese explicado concretamente a éste, entre otros aspectos, las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, la proyección de la pensión en ambos regímenes, los aspectos favorables y desfavorables de adoptar tal decisión, entre otras situaciones, circunstancias que no se dieron, como quiera que no se encuentran acreditadas en el plenario, correspondiendo la carga de la prueba de las mismas a la parte accionada, conforme lo establecido por la jurisprudencia laboral¹.

Así las cosas, el hecho que el actor hubiere efectuado traslados horizontales entre AFPs privadas, y realizado los aportes respectivos, no ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se señala por los recurrentes, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia, tal situación *“...no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigerar los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado...”* (Sent. CSJ SL5686-2021, Radicación No. 82139 de 6 de octubre de 2021); aunado a que en casos como el presente, que se alega el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones, los actos u omisiones posteriores del afiliado, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, ya que al ser posteriores deja intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede

¹ Entre otros proveídos de casación, pueden examinarse las Sentencias: SL 1688-2019, Radicación 68.838; SL4373-2020, Radicación 67556; SL 4680 de 2020, Radicación 84.741; SL 845 de 2021, Radicación 83.444.

sanearse; por lo que *“...lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS...”* (Sent. CSJ SL1055-2022, Radicación No. 87911 de 2 de marzo de 2022)

En el interrogatorio de parte el demandante manifestó que no recibió ningún tipo de asesoría o información acerca de las características específicas a las que sometería al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; que para el traslado a Porvenir S.A., en esos días de vigencia de la ley 100 de 1993, laboraba con la empresa MONSALVE MOSQUERA, llegó un equipo de los fondos privados a hablarles, hicieron una reunión grande *“...y nos comentaron de que había llegado el sistema de fondo privado, porque el Seguro Social se iba a acabar, lo que ellos nos manifestaban era que el seguro social se iba a acabar y que esta era la oportunidad para nosotros de entrar a un sistema de seguridad serio y que no necesitábamos estar tanto tiempo para pensionarnos y que era lo que nos recomendaban...”*, que *“...es decir nos hicieron unas ilusiones de lo que había allí era mejor...”*; que todo fue muy general nunca se hizo nada personalizado; nunca le explicaron cómo era mejor el fondo de pensiones que el Estado, solo que vino a entender tal situación cuando empezó a hacer los trámites correspondiente para lo de su pensión, hace dos años aproximadamente.

Mencionó, que era tanta la insistencia de los fondos que cada nada le llegaba uno y otro que terminó convencido y aun así nunca le dijeron si le convenía o no estar afiliado a ese régimen, le llevaron los documentos prácticamente diligenciados y lo único que tenía que ponerle era el nombre, sostiene que no tuvo ningún tipo de orientación; expuso que no leyó el formulario de afiliación aunque lo firmó

voluntariamente, que cuando se dio cuenta que el ISS no se había acabado sino que ahora era Colpensiones, se desentendió del tema porque consideró que estaba bien afiliado según la información que le habían dado en su oportunidad; que fue a Porvenir para que le hicieran una simulación de pensión, y que con los recursos que tenía le ofrecieron \$2.200.000 menos los aportes a salud, por lo que considera que es injusta esa pensión, *“...yo creo que el Seguro Social o hoy el fondo de Estado puedo obtener una pensión más favorable es que estoy haciendo la solicitud de que se anule la y retorne al fondo de pensiones del estado donde realmente debo adquirir una pensión no tan alta pero si por lo menos razonable....”*

También precisó que cuando salió de la Nueva Millonaria, ingreso al Congreso de la República, donde era Representante a la Cámara Suplente por un año y dos meses y fue elegido Secretario de la Comisión Quinta, dijo que no votó la aprobación de la Ley 1328 de 2009, ni temas relacionados con seguridad social, de hecho negó que tuviera que ver algo relacionado con Salud y Pensiones; pues conforme lo refirió el a quo, la comisión quinta toca temas ambientales y agropecuarios, que también fue secretario de la Comisión de Ética de la Cámara de Representantes; reiteró que no se le informó por parte de Porvenir de rendimientos financieros, ni que sus dineros estarían consignados en una cuenta de ahorro individual, no le hablaron sobre obtener una mejor mesada pensional con Porvenir frente al ISS hoy Colpensiones, que sobre relación de los familiares o de algunas personas como beneficiarias del formulario de afiliación se le dijo que si fallecía ellos iban a ser los beneficiarios después del fallecimiento, no le informaron sobre qué sucedía con las semanas cotizadas al ISS una vez trasladado, tampoco sobre hacer aportes voluntarios, ni le dijeron de podía pensionarse de acuerdo al capital acumulado.

Indicó que se afilió a Skandia y a otros fondos, porque eran abordados por una cantidad de fondos para que se cambiaran indicando unos que eran mejor que otros, aludiendo siempre a que daban mejor rendimientos financieros o rentabilidad que otros; es decir, se comparaban ellos entre sí pero nunca se compararon en relación con el RPM; que se cambió y de buena fe lo hizo era una cuestión de competencia entre fondos; que no realizó preguntas ni formuló inquietudes a la asesora cuando tuvo las reuniones para afiliarse a los fondos privados, que la razón de esos cambios fue la insistencia de los fondos y el ofrecimiento de mejores rendimientos, no se acercó al ISS a corroborar la información sobre que se iba a acabar, solo supo que tenía dificultades financieras; no recuerda haber escuchado sobre los requisitos para adquirir la pensión de vejez en el RAIS, dijo que recibía cada 3 meses los extractos del fondo donde advertía que cada día el valor de la cuenta individual era menor, que su inconformidad de estar afiliado al RAIS, se dio cuando empezó a averiguar sobre el fondo de pensiones y le hicieron esa simulación y se dio cuenta del monto de la pensión que le ofrecía ese régimen, eso fue hace aproximadamente 2 años; que no recibió asesoría antes de entrar al límite de los 10 años de retorno, ni respecto a la edad para pensionarse en el RAIS, ni tampoco le hablaron sobre el tema del bono pensional.

Así, de lo referido por el actor en el interrogatorio, no se advierte que éste hubiese señalado aspectos que beneficiaran a la parte contraria y que afecten sus intereses procesales y de contera, le ocasionaran consecuencias jurídicas adversas a éste, para considerar que se dio la confesión en los términos del artículo 191 del CGP, contrario a lo considerado por el vocero judicial de Porvenir S.A., y por consiguiente se acreditó medianamente el cumplimiento de los presupuestos del deber de información que recaía en dicha administradora demandada para el

momento de traslado de régimen pensional, Atendiendo lo señalado, no es factible colegir que la AFP que realizó el traslado de régimen cumplió con el deber de información que le competía, ya que se reitera, la firma en el formato preimpreso que suscribió el actor con Porvenir S.A., en el que se consigna una constancia de *“VOLUNTAD DE AFILIACION AL FONDO SELECCIONADO...”*; este enunciado como ya se dijo, no es suficiente para tener por demostrado el deber que le correspondía a la AFP demandada, es decir que no se le brindó esa información transparente, completa, detallada en relación con su situación particular, dado que el actor aseveró en el interrogatorio de parte que no se le suministró información sobre cuáles eran las modalidades de pensión en el régimen de ahorro individual, como iban a operar las cotizaciones en ese régimen, esto es que se constituiría una cuenta de ahorro individual a su nombre, tampoco le indicaron sobre el monto de su mesada en cada uno de los regímenes, que podía hacer aportes voluntarios, etc.; pues no aparece evidencia de esas situaciones; información que era necesaria, trascendente y tenía una implicación relevante en el caso del demandante respecto a la fecha en que podía eventualmente obtener su estatus de pensionado y las condiciones para ello; ya se reitera no se advierte de la documental adosada por la accionada, que esa información se le hubiere suministrado; por lo que conforme lo analizado, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante, siendo sus efectos legales que la actora 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.

Ello, ya que si bien el demandante para el 10 de febrero de 2022, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con más de 64 años de edad y por

tanto se encontraba inmerso en la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en cuanto indica que “...el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”; tal situación no repercute en el presente asunto, como quiera que es la misma jurisprudencia laboral la que ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”; 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 del demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se repite, no se demostró que la AFP demandada Porvenir S.A., inicialmente y Protección S.A. y Skandia S.A. posteriormente, hubiesen cumplido con su deber de dar a conocer al demandante **toda la verdad objetiva** de las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias de los diferentes regímenes, y por ende, dicho traslado deviene ineficaz, y en ese sentido, las cosas vuelven a su estado anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

En este punto se debe precisar, que en aquellos eventos en los que mediante sentencia judicial se admite la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sus efectos se producen desde el mismo momento

en que se generó el acto que dio origen a dicha ineficacia, vale decir, en el caso concreto, desde que el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, lo que ocurrió marzo de 1996, cuando tan solo tenía 38 años de edad aproximadamente, pues *"...el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre)..."* (SL4360-2019), siendo una razón más, para avalar la decisión del juzgador de primer grado, en este aspecto.

Referente a lo señalado por Colpensiones, sobre la falta de acreditación de vicios de consentimiento, baste señalar que lo declarado es la ineficacia del traslado y no la nulidad del acto por vicios del consentimiento; por consiguiente, no hay lugar a resolver lo atinente al término que tenía la demandante para interponer la acción de rescisión por vicios de nulidad, consagrada en el artículo 1750 del C.C., ni un eventual saneamiento como Colpensiones lo aduce. 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 en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 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...”.

De otra parte, en cuanto a que la “...declaración **injustificada** de ineficacia de traslado de un afiliado al Régimen de Prima Media al Rais, afecta la sostenibilidad financiera de sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados...”, como también lo sostiene la apoderada de Colpensiones; debe en primer lugar aclararse, que en este caso no se está disponiendo la ineficacia del traslado de *manera injustificada*, sino que tal decisión se adopta ya que luego de un riguroso estudio, atendiendo parámetros constitucionales, legales y jurisprudenciales, se advirtió que la AFP aquí demandada no cumplió y omitió los requisitos establecidos para tal efecto, conllevando tal conducta la declaratoria de ineficacia del traslado; ante la omisión e incumplimiento de los deberes que le atañen a las AFP frente a sus afiliados.

Ahora, en cuanto a que tal determinación -la ineficacia del traslado de régimen- afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; debe recordarse que el juzgador de instancia, en su sentencia ordenó a la AFP *Porvenir S.A.* devolver a Colpensiones “...las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante *Gustavo Amado López*, incluidas las cotizaciones y rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, más el porcentaje destino al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, sin que haya descuento alguno, junto con los bonos pensionales, si los hubiere, o cuando se refleje su redención...”; al igual que a *Skandía S.A.* y *Protección S.A.* devolver “... los dineros cobrados al demandante **Gustavo Amado López**, por concepto de comisiones y/o gastos de administración, así como los valores utilizados en seguros previsionales y en garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus recursos...”; es decir ordenó trasladar todos los aportes sufragados por el demandante, con los rendimientos obtenidos y demás conceptos en que se distribuyeron o repartieron dichos aportes durante el tiempo que estuvo afiliado al RAIS, 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); por lo que no puede considerarse como erradamente lo hace la recurrente, que la decisión pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; y menos aún que la misma “...contraria a la equidad y que abandona el valor de la justicia material al permitir a personas que no han contribuido de los rendimientos de los fondos pensionales entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones en los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas...”;ya que con la devolución de los recursos

acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. a Colpensiones, que se hace de manera plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por ésta última entidad para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida; sin que se puede colegirse como desacertadamente lo hace la recurrente, que es una persona que se está beneficiando de las cotizaciones efectuadas por otras y no por ella.

Y es que precisamente con la decisión el juez a quo, se da 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, dado que estos recursos -del fondo de garantía de pensión mínima- los manejan las AFP en una subcuenta separada, conforme 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; evitando así la afectación financiera del sistema pensional. Ello, como quiera que si bien 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, aunque 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 de producirse el traslado de régimen, sin que se devolviera a ésta entidad, como lo dispuso el a quo, lo que la afiliada haya aportado al fondo de garantía de pensión mínima, como quiera que 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:

“(...) 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, contrario a lo sostenido igualmente por los voceros judicial de Porvenir S.A. y Skandia S.A., no es improcedente que se ordene el traslado de rendimientos, el valor de los seguros previsionales y de los gastos de administración como aquellos lo alegan, dado que al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia legal es que las cosas vuelvan o se retrotraigan a su estado inicial, ya que *“...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 SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima...” (Sentencia CSJ SL2209-2021, radicación No. 87777 de 26 de mayo de 2021).

Respecto a la indexación de los valores ordenados trasladar, de la cual se duelen los citados apoderados, se debe precisar que también procede; ya que si bien en pronunciamiento enunciado por la demandada Porvenir S.A., se había considerado la improcedencia en estos eventos de esa actualización; tal criterio se recogió en decisión de fecha xx agosto de 2023, dentro del radicado No. 25899 31 05 001 2022 00013 01, atendiendo los diversos pronunciamientos de la máxima Corporación de cierre de la justicia ordinaria, que se tornan de obligatorio cumplimiento para los jueces del trabajo, dado su carácter vinculante. Y es que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que dicha actualización procede como efecto de la decisión adoptada, esto es la ineficacia del traslado; al señalar: ***“...Por tal razón, tal 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)...”***; como lo adoctrinó la CSJ, entre otras, en sentencia SL1637-2022, Radicación No. 89208 de 11 de mayo de 2022

De otra parte, se advierte que en la providencia de primer grado, en el numeral 5º, se determinó que Colpensiones debe cumplir la sentencia, una vez “*...Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, Protección S.A. Pensiones y Cesantías y Skandia S.A. S.A. Pensiones y Cesantías trasladen los recursos respectivos, los reciba a satisfacción a efectos reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización...*” por tanto la obligación de la entidad recurrente depende de las actuaciones que realicen las codemandadas, sin que sea necesario condicionamiento adicional para el cumplimiento de la sentencia, como lo solicita la recurrente.

Por último, sostiene el apoderado de Porvenir S.A., que “*...en lo que corresponde a las agencias en derecho, debe desestimarse dicha declaratoria de condena como quiera que el traslado del Régimen de Ahorro Individual reviste plena validez y no debe ser declarada la ineficacia del mismo...*”;

Al respecto debe precisar la Sala, que se impuso condena en costas contra la AFP Porvenir. Sobre éstas, ha sostenido la jurisprudencia legal, que para efecto de la imposición de costas, no es procedente acudir a postulados de buena fe o de otras situaciones como la señalada por la recurrente para su exoneración, como quiera que este emolumento constituye una erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida judicialmente, y su fijación está sustentada en criterios legales y objetivos, como lo contempla el artículo 365 del CGP, aplicable por remisión del artículo 145 del CPTSS. (Sent. CSJ SL4650-2017, Radicado No.45262 de 26 de enero de 2017).

En ese orden, al resultar la dicha AFP demandada vencida, ya que salió avante la pretensión principal de la demanda, las costas son a cargo de la misma, atendiendo lo antes señalado. Ahora, como se advierte que

el recurrente ataca es el quantum impuesto por dicho concepto en primera instancia, tenemos que ésta no sería la oportunidad para el reparo presentado; atendiendo lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, que prevé “...La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costa...”, por consiguiente se confirma la decisión al respecto.

Así quedan resueltos tanto los recursos de apelación como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones, debiendo confirmarse la decisión de instancia por encontrarse ajustada a derecho.

Se condenará en costas a las AFP apelantes Porvenir S.A. y Skandía S.A. ante la falta de prosperidad del recurso. –numeral 1° artículo 365 CGP-. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. No hay condena en costas para Colpensiones dado que se surtió el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, el 31 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por **GUSTAVO AMADO LÓPEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, PROTECCION S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** y,

SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

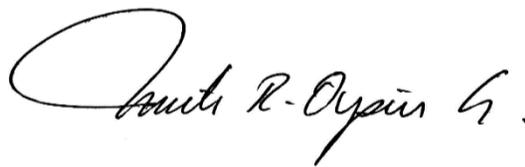
SEGUNDO. CONDENAR en **COSTAS** a las demandadas **PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** y, **SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**. Fíjese la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como agencias en derecho.

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.

NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



ASTRID ELIANA BARAJAS CARREÑO
Secretaria