

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **25899-31-05-002-2021-00326-01**
Demandante: **MARÍA HERMINDA LEON VARGAS**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, Y OTRA**

En Bogotá D.C. a los **23 DIAS DEL MES DE NOVIEMBRE DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, 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 demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida el 6 de marzo de 2023, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá –Cundinamarca-, dentro del proceso de la referencia.

Prevía 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

MARÍA HERMINDA LEÓN VARGAS demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**

S.A., para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se reconozca la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, por falta de requisitos formales que dan cuenta los artículos 97 del Decreto 663 de 1993, 13 y 27 de la Ley 100 de 1993, subsidiariamente, se declare la nulidad del traslado; válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al RPM; en consecuencia, se condene a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que efectuó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, incluidos los rendimientos sin realizar ningún tipo de descuento; en virtud del regreso automático al RPM, se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación, reconocer y pagar la pensión de vejez, el retroactivo pensional, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, ultra y extra petita, y costas.

Como fundamento de las peticiones expuso que nació el 1º de abril de 1961, empezó a cotizar a seguridad social en pensiones en marzo de 1992; en el año 2003 fue contactada por un asesor de Porvenir S.A., quien le insistió en la conveniencia de trasladarse al RAIS, la asesoría de Porvenir S.A. se realizó de manera grupal en la Clínica Confiar Salud, su lugar de trabajo, sin que hubiera podido asistir a dicha reunión porque se encontraba desempeñando sus labores de enfermera en la institución; el asesor de Porvenir S.A. les afirmó a sus compañeros de trabajo que el ISS y el Hospital San Juan de Dios estaba por ser liquidados, por lo cual al seguir aportando perderían su dinero y nunca obtendrían una pensión de vejez, de igual forma les aseguró que sus pensiones serían más beneficiosas en el RAIS que en Colpensiones; por lo que atendiendo dicha información suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A. el 27

de mayo de 2023, trasladándose del RPM al RAIS; la afiliación se hizo conforme a los comentarios de sus compañeros de trabajo, pues no recibió ningún tipo de asesoría por parte de Porvenir S.A., se limitó a firmar el formulario ya que todo lo demás fue diligenciado por el asesor de Porvenir S.A., en los archivos de Porvenir S.A. reposa un segundo formulario de afiliación con fecha 29 de septiembre de 2006 el cual NO fue ni diligenciado ni firmado por la demandante; antes de cumplir los 47 años, se percató de que los beneficios expuestos por el asesor de Porvenir S.A. a sus compañeros de trabajo no le favorecían intento trasladarse de régimen, el 7 de noviembre de 2007 presentó derecho de petición renunciando a su afiliación a Porvenir S.A., sin recibir respuesta alguna, Porvenir S.A. se desatendió de entregar el reglamento establecido en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994 o Régimen Jurídico de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones, se abstuvo de cumplir su deber de información y buen consejo al momento de efectuar la afiliación, puesto que no suministró información oportuna, adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las ventajas, desventajas de cada régimen pensional, no le informó sobre las consecuencias de trasladarse de régimen, *“...como la posible pérdida de beneficios pensionales, limitándose únicamente a hacer efectiva la vinculación de mi poderdante...”*, antes y durante el tiempo de afiliación nunca le suministró información acerca de la edad mínima de pensión, la posibilidad de trasladarse nuevamente al RPM, el capital de debía acumular con el fin de obtener una mesada pensional similar a su salario de aquel entonces; ha cotizado al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones), un total de 1098 semanas y en el RAIS 609 semanas a agosto de 2019, para un total de 1.719 semanas

cotizadas en toda su vida laboral; el 1° de octubre de 2021 radicó en Colpensiones formulario de afiliación para obtener el traslado de régimen, y de reconocimiento de pensión en el RPM, mediante comunicados de la misma fecha (BZ2021_11577370-2470828 y BZ2021_11573389-28554684), la entidad negó dichas peticiones (fls. 1 a 20 PDF 02 y PDF 08).

La demanda fue repartida al **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca**, el 13 de octubre de 2021 (PDF 01); autoridad judicial que inicialmente la inadmitió con auto de 28 de octubre de 2021 para que se corrigieran las deficiencias advertidas (PDF 06), subsanadas las mismas, fue admitida con auto de 18 de noviembre de 2021, disponiendo la notificación a la parte demandada en los términos allí indicado (PDF 09). La notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se surtió conforme las previsiones legales (PDF 11).

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

La demandada **Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, describió el traslado de ley con oposición a las pretensiones de la demanda, por considerar que el traslado a Porvenir goza de completa validez, dado que se informó a la demandante acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que esta tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado; precisó que la omisión de la información que se recalca, jamás se presentó, toda vez que en cuanto al RAIS, se le manifestó a la demandante que podría

pensionarse a la edad que escogiera, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permita obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y a su vez, indicando características propias del régimen que le han asistido desde el momento de su afiliación tales como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos en caso de no cumplir presupuestos para el derecho pensional, heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros.

Considera que, para el traslado efectuado por la demandante con destino a Porvenir, la entidad otorgó la información necesaria de manera suficiente para que la demandante tomara una decisión libre, voluntaria e informada, de acuerdo con los requisitos y características vigentes para su momento, es decir, que aquella recibió información clara, veraz y oportuna, con elementos de juicio 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 AFP al momento en que se materializó el traslado); agrega que, solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del

inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Esta información reviste de importancia pues la demandada pretende imponer una carga adicional que para la fecha del traslado entre regímenes no estaba a cargo de las AFP.

Precisa que, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que, la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada y demás aspectos que considerara necesarios; que si lo que arguye la parte actora es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda; por tanto, señala que, de acuerdo con los documentos aportados no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo, toda vez que era plenamente consciente del funcionamiento, características, ventajas y desventajas del RAIS.

En el acápite de HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, sostiene que No existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o a la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional. La decisión tomada por la accionante se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, pues: (i) antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; (ii) suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria; (iii) en cumplimiento de las exigencias legales, al suscribir la solicitud de vinculación, con la cual se concretó su traslado de régimen, manifestó en forma expresa que lo hacía en forma voluntaria y libre.

Así las cosas, se tiene que la firma del formulario de afiliación no puede ser considerada como un mero requisito formal o una manifestación vacía sin ninguna consecuencia, en cuanto corresponde a una exigencia normativa que, por lo tanto, no puede ser ignorada, como tampoco pueden ser desconocidos los efectos que produce, la circunstancia de que conste en un formulario previamente impreso no le resta validez a lo manifestado, ya que corresponde a una expresión inequívoca de la voluntad de la demandante, es claro, así las cosas, que el acto de traslado de régimen es completamente válido, pues cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad entonces vigente y no pesa sobre él ningún vicio u omisión que lo invalide. En su defensa, presentó las excepciones de fondo de Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (fls. 32 a 34 PDF 14 y PDF 19).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES contestó la demanda dentro del término legal, oponiéndose a las pretensiones toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al 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 protesto 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 2º 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 retorno contaba con 60 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 33 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 mayo de 2007, 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 la 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 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 05).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá (Cundinamarca), mediante sentencia del 6 de marzo de 2023, decidió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, **María Herminda León Vargas**, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Porvenir.*

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, lo valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora María Herminda León Vargas, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, a recibir de Porvenir S.A. todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

CUARTO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de las demás pretensiones elevadas por la demandante.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: COSTAS. Serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaria. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SÉPTIMO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

OCTAVO: Remítase el presente asunto a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, a fin de que se surta EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, teniendo en cuenta las

resultas del proceso, en caso de que esta no sea apelada ...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 37 y 38).

III. RECURSOS DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA:

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de Colpensiones, formula y sustenta recurso de apelación, en los siguientes términos:

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

Primero: Sobre la prohibición legal, al respecto tenemos que al momento que la parte demandante realizó la solicitud de su retorno al régimen de prima media, la misma se encontraba dentro de una prohibición legal descrita en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la ley 6 de 1993, que manifiesta que después de 1 año de vigencia dicha ley la afiliada no podrá trasladarse al régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a su pensión.

Segundo: Sobre no acreditarse vicios del consentimiento: Al respecto, tenemos que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil. Ahora bien, no nos encontramos frente a un error sobre un punto 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 su anulación o rescisión judicial.

Tercero: Respecto a la carga de la prueba, 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; asimismo, en el presente caso hace más de 20 años, por lo cual nadie está obligado a probar lo imposible, por lo que se debe aplicar ese principio.

Cuarto: Frente 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 materializó a través de la ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el

consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre 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 este el caso de la parte actora; imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituyen una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica y basa las decisiones de los jueces en supuestos.

Si bien el fondo privado debió informar de manera suficiente a la actora, esto no lo exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, del 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.

Quinto: Sobre la descapitalización del sistema, finalmente se debe indicar que en sentencia C 1024 de 2004 SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, todas de la Corte Constitucional en materia de traslados, se manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario prima medida con prestación definida, se descapitalizaría. La declaración injustificada de ineficacia de traslado de afiliados del Régimen de Prima Media del RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados.

Por las razones expuestas en precedencia, se solicita a los Señores Magistrados, se revoque la presente providencia; en consecuencia, se absuelva a mi representada. Gracias señor Juez ...”

La juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. 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, los voceros judiciales de la apelante y del accionante, presentaron sendos escritos de alegaciones ante la Corporación.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, reclama 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 “...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...”, señalando igualmente:

“(...) 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 **Mayo de 2003** según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de **Mayo de 2007**.*

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 demandante 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 respectivos con destino al ahorro individual.

III. Respecto a la carga de la prueba: *En el presente caso no existe prueba que ermita acreditar 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 1995, hace más de 27 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).

Por su parte, el vocero judicial de **Porvenir S.A.**, solicita se revoque en su integridad el fallo de primera instancia, para lo cual sostiene:

“(…) I. SUSTENTACION DE LOS ALEGATOS:

*El problema jurídico en el presente caso, dada la apelación interpuesta por COLPENSIONES consiste en determinar si la decisión de primer grado se ajusta a derecho, dado que el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Zipaquirá emitió fallo el 6 de marzo de 2023 mediante el cual dispuso declarar la ineficacia del traslado pensional de la señora **MARIA HERMINDA LEON VARGAS** del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual y, en consecuencia, ordenó a PORVENIR efectuar la devolución de todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante a COLPENSIONES, los valores*

correspondientes a las cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual del demandante, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la actora.

Si bien es cierto que PORVENIR no interpuso recurso de apelación en el presente caso, le agradezco al Honorable Tribunal tener en consideración que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente con la AFP PORVENIR, tal y como se expresa en los formularios de afiliación suscritos con estas administradoras, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. De igual manera, el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto desanimar a la demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad. Toda vez que, la finalidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, para lo cual puso a competir a dos alternativas que, a pesar de ser excluyentes, tiene beneficios que son equiparables.

Asimismo, considera mi representada que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

Ahora bien, cabe señalar que la relación entre la demandante y la administradora del RAIS en virtud de su condición de afiliada fue de carácter administrativo, que se manifiesta en varias relaciones jurídicas derivadas, siendo la más importante de ellas la que une al usuario con la administradora de pensiones y con las prestaciones, sin que de ninguna manera pueda considerarse que frente al afiliado existe una posición dominante que inexorablemente coloque en una mejor situación a la administradora al momento de llevarse a efecto la vinculación, por cuanto no se está discutiendo un contrato y por ello no es posible negociar las condiciones y efectos de la afiliación, pues estos están impuestos por la ley.

Lo anterior, encuentra fundamento en que, para la fecha del momento del traslado, la norma que regía el deber de información correspondía al numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993, el cual estableció:

Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

En este sentido, es claro que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por la demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación del demandante. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con mucha posterioridad, como se explicó con antelación. Asimismo, es pertinente señalar que la demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, toda vez que para el momento en que se vinculó a PORVENIR, la normativa vigente correspondía al texto original del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Es decir, que la demandante no contaba con ningún limitante para retornar al RPM 3 años después de realizada la vinculación con mi representada, no obstante, lo anterior, decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria.

Por otra parte, la inconformidad de la demandante con el Régimen de Ahorro Individual se derivada del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para ser considerado como un elemento para viciar la voluntad del demandante, en tanto que las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen no son comparables, pues si bien su finalidad en ambos casos es garantizar el amparo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte mediante el reconocimiento de pensiones, cabe señalar que en el RPM los afiliados obtienen prestaciones económicas cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley, contrario al RAIS en donde las mismas se reconocen dependiendo única y directamente de los valores ahorrados y aportados por los afiliados en su respectiva cuenta individual.

Al respecto el concepto No. 2019152169-003 del 15 de enero de 2020, de la Superfinanciera estableció:

“No obstante, en cuanto a las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen, el legislador dispone reglas que no permiten que su resultado sea comparable, si bien su finalidad es en ambos casos la “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones”, en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPM), los afiliados obtienen prestaciones cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) las pensiones y prestaciones que se reconocen dependen directamente de los valores ahorrados en la cuenta individual de los afiliados”.

En ese orden de ideas, resulta desacertado pensar que la actora no contó con la información necesaria para decidir lo que más le convenía respecto a su situación pensional, en tanto que, con el transcurrir del tiempo y con las variaciones que inevitablemente sufría su expectativa de causar el derecho incoado, optó por efectuar traslados horizontales al interior del RAIS, lo cuales reúnen los elementos característicos de actos de relacionamiento.

En el caso de que se considere que como efectos de la ineficacia deben existir restituciones mutuas, debe tenerse en cuenta que, respecto de Colpensiones, la AFP ha actuado como un agente oficio involuntario, en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del Código Civil, en cuanto, creyendo administrar su propia actividad, administró los negocios de otro (el manejo de los aportes de un afiliado) y, luego de declarada la ineficacia del acto termina entregando unos rendimientos superiores a los que habrían tenido los aportes, de haber sido gestionados por el encargado. Si ello es así, esa agencia oficiosa involuntaria debe dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que solamente debería estar obligada a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esa entidad.

Estas dos disposiciones tienen plena aplicabilidad por cuanto la AFP obró bajo la absoluta convicción que su afiliado era debidamente vinculado y porque, además, tenía el deber legal de recibirlo así lo dispone el artículo 112 de la ley 100 de 1993:

“Artículo 112. Obligación de aceptar a todos los afiliados que lo soliciten. Las personas que cumplan con los requisitos para ser afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no podrán ser rechazados por las entidades administradoras del mismo”

Esta norma denota que bajo la premisa de la existencia de un formulario de afiliación con el lleno de los requisitos legales y donde no exista ningún tipo de restricción para su vinculación la AFP no tenía otro camino que recibir a la afiliada, por tal virtud cuando creó la cuenta de ahorro individual, administró los recursos, e hizo toda la gestión y obligaciones que le encomiendan las normas que rigen a las AFP administró esas cuentas bajo el absoluto convencimiento que lo que estaba administrando le correspondía hacerlo.

Ahora bien, cuando se declara ineficaz el contrato de afiliación a pesar de que existe un documento de vinculación con el lleno de los requisitos legales y donde no existen otras disposiciones que impidan dicho traslado en el momento de esa declaración que tiene efectos ex tunc -según la propia Corte Suprema de Justicia- la AFP se constituye en un agente oficioso que hizo una gestión que generó utilidades mucho más allá de lo que su titular hubiese podido generar.

En caso de que se considere que debe declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional, las determinaciones que se adopten deben estar en consonancia con esa declaratoria que supone, como lo ha explicado reiteradamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, sin solución de continuidad y como si la afiliación al RAIS nunca hubiese existido. Por esa razón, cabe preguntarse si ¿es lógico dentro de esa perspectiva jurídica pensar que los rendimientos que deben trasladarse son los que generó la cuenta de ahorro individual del fondo de pensiones?

Bajo la ficción jurídica de que la persona nunca se ha trasladado de régimen pensional es dable concluir que los rendimientos que deben ser entregados a Colpensiones son los que habrían tenido los aportes en régimen de prima media con prestación definida. Respecto de esa consecuencia existen varias

normativas que la avalan y dos antecedentes jurisprudenciales relevantes en esta materia por parte de la Corte Constitucional como lo son las sentencias C-1024 de 2004 y la SU – 062 de 2010, en donde para efectos de la validez del traslado de las personas que contaban con 15 años al primero de abril de 1994, se dijo que los rendimientos de los aportes debían ser equivalentes a los del RPM, no a los del RAIS al que se hallaba vinculado el afiliado.

Ahora bien, no es cierto que la rentabilidad de los aportes sea un tema ajeno al régimen de prima media porque, como se dijo, existen abundantes disposiciones normativas que nos enseñan, para diferentes efectos, que debe considerarse como rentabilidad de los recursos que administra el régimen de prima media con prestación definida, como los artículos 54 de la Ley 100 de 1993, 10 del Decreto 1887 de 1994, 11 a 17 del Decreto 1888 de 1994, 4 del Decreto 38000 de 2003, 17 del Decreto 3798 de 200, 7, 11 y 12 del Decreto 3995 de 2008, 4 del Decreto 1051 de 2014, 44 del Decreto 1748 de 1995, 3 del Decreto 816 de 2002 y 9 del Decreto 3771 de 2007.

Resulta claro, entonces, que para todos los efectos de traslados de recursos del régimen de prima media debe tenerse en cuenta la rentabilidad mínima de las reservas de Colpensiones, de tal suerte que con base en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de declararse ineficaz una afiliación al RAIS, constituiría un híbrido absolutamente extraño y alejado de los efectos jurídicos de la ineficacia exigir entregar a Colpensiones los recursos de la cuenta individual del afiliado con los rendimientos obtenidos en el RAIS, cuando lo que se ha manejado por parte de esta doctrina de la Corte es que las cosas deben volver a su estado anterior, esto es, debe considerarse como si el afiliado siempre hubiese mantenido su vinculación al régimen de prima media con prestación definida, para todos los efectos, lo que en sana lógica implica que los rendimientos que deben entregarse son los que habrían tenido sus aportes en ese régimen.

En el escenario de aplicar en sentido plano la ineficacia como bien lo dijo la Corte Suprema de Justicia en su más recientemente jurisprudencia, implica que todas las cotizaciones efectuadas por la demandante al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben tenderse realizadas al de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Bajo este contexto, resulta absolutamente desproporcionado que la AFP no pueda tener derecho al reembolso de las sumas que generó por su gestión, sin detrimento de la situación final de la afiliada ni de Colpensiones, que lo recibe en las mismas condiciones de haberlo tenido siempre como vinculado.

En este orden de ideas, y en gracia de discusión, debe indicarse que la orden respecto de la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales que legalmente ha estado obligada a contratar.

Lo anterior, por cuanto a juicio de mi representada las sumas correspondientes a los gastos de administración, tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por mi representada, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y

no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, y cuyos rendimientos fueron reconocidos a la accionante.

Sobre el particular, no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas, que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo, en cumplimiento de mandatos legales que está obligada a acatar. Es claro, por lo tanto, que las sumas destinadas a los gastos de administración ya se agotaron o extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo: manejar los fondos y las cuentas individuales, y que por lo tanto no están en poder de la administradora, ya que por exigencia de la ley estuvo obligada a invertir las en la obtención de la rentabilidad mínima que debe garantizar, motivo por el cual resultaría improcedente la devolución de estas.

Ahora bien, en lo que corresponde a la restitución de los conceptos de primas de los seguros previsionales, no puede desconocerse que dichos conceptos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las derivadas de invalidez y sobrevivencia, y cuyo objetivo se cumplió, pues la cobertura de la compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo, por ser material y jurídicamente imposible. Por esa misma razón, resulta inviable que se restituyan las sumas que sirvieron para que esa cobertura se presentara, con mayor razón si no cumplirían ningún objetivo en el Régimen de Prima Media, en el cual no existe la necesidad de contratar seguros previsionales para los fines que sí están previstos en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

En igual sentido, debe indicarse que la devolución de los gastos de administración y de lo pagado por concepto de prima del seguro previsional resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia¹, entidad encargada de vigilar, entre otras, a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia, al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, que lo es el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que, por cualquier circunstancia, sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que, desde luego, incluye las restituciones que deben hacerse cuando se ordene la nulidad o la ineficacia del traslado, y al respecto señaló “De esta manera, la normatividad existente permite inferir que en caso de resultar necesario un traslado de recursos del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media, lo procedente, además del traslado de la información correspondiente a la historia laboral de la afiliada, es el traslado del valor de la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y lo correspondiente a la garantía de pensión mínima con sus rendimientos”, lo cual debe hacerse también cuando se declare la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, “...respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por

la administradora que genere los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino”.

En cuanto a las sumas pagadas por concepto de primas de seguros previsionales se ha pronunciado de la siguiente manera: “...en atención a que el porcentaje de la prima del seguro previsional ya fue sufragado y la aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, este Despacho no considera viable el traslado de dichos recursos en el caso consultado...”

Como se observa, se considera que las sumas destinadas al pago de seguro previsional y los gastos de administración no deben ser trasladados al Régimen de Prima Media en la medida que, durante el periodo de afiliación del demandante la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, es decir, se invirtieron conforme con la estructura del Régimen de Ahorro Individual.

Por último, en lo que corresponde a las agencias en derecho debe aclararse que desestimada la ineficacia del traslado de régimen pensional y la devolución de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, consecuencialmente, deberá desestimarse la condena en costas. Puesto que, según lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso, aplicable a estos procesos por cuenta del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, solo se aplicará en casos de que sea vencido en la sentencia de primera instancia o al ratificarse por el superior lo dicho por el juez de primera instancia...” (PDF 06 Cdno. 02SegundaInstancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, 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 la juez, o, por el contrario, no hay lugar al mismo debiendo absolverse a la demandadas de las súplicas de la demanda como lo alega la recurrente; y de considerarse que, si hay lugar a la ineficacia del traslado, en consulta se examinará si resulta procedente o no, ordenar el traslado de las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales que aparezcan en la cuenta de la demandante, así como de las sumas previsionales, valores debidamente indexados.

Inicialmente, es preciso recordar, que el objeto del sistema general de seguridad social en pensiones es el aseguramiento de los habitantes del territorio nacional frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, mediante diferentes tipos de prestaciones económicas, y por ello la Ley 100 de 1993 creó un sistema de protección pensional dual, en el que coexisten dos regímenes a saber: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, administrado en su 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.

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).

Ello significa, que 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..."*; 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 1995, cuando ocurrió el traslado de régimen pensional del demandante, encontrándose en el primer periodo o estadio determinado por la jurisprudencia, conforme se indicó líneas atrás,

y desde esa óptica determinar si el fondo de pensiones efectivamente cumplió o acató esa obligación de haber ilustrado al accionante, de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales.

También, 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).

En ese orden de cosas, no surge acertado el entendimiento de la recurrente, en cuanto a que para la fecha de la afiliación del actor al RAIS, las AFP no tenían la obligación cuya omisión se les enrostra; pues es evidente que las administradoras de fondos de pensiones desde el momento de su creación tenían la obligación de garantizar que la afiliación de los usuarios del sistema pensional fuera libre y voluntaria mediante *“...la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses...”*, ya que la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar *“...precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público...”*, por cuanto, la ley les impuso a las AFP un deber de servicio público, *“...acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado...”* (Sentencias CSJ SL1452 de 2019, reiterada en SL1689 de 2019).

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, 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 Colpensiones, en el sentido que dicho deber 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...”; 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.

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 correspondiente 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, 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 al 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 la aquí demandante nació el 1° de abril de 1961, como se advierte de su cédula de ciudadanía (fl. 37 PDF 02); que el 5 de diciembre de 1984, empezó a cotizar al régimen de prima media conforme el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones actualizado a 26 de octubre de 2020 (fl. 29 a 34 PDF 02); que se afilió a PORVENIR el 27 de mayo de 2003, según formato de SOLICITUD DE VINCULACION O TRASLADO No. 01856555 de la citada administradora, que aparece en el expediente (fls. 55 PDF 02); pues tales situaciones fácticas no fueron objeto de reparo alguno por las partes.

Ahora, 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 de ideas, evidencia el Despacho que con las pruebas obrantes en el expediente y practicadas en el presente asunto, no se puede concluir válidamente que Porvenir al momento del tránsito del RPM al RAIS, le hubiere indicado las características ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; por lo que no se puede entender que fue un traslado informado.

En efecto el traslado no fue una coacción, una situación material respecto de la señora, no fue que la conminaran de manera física a que firmara, pero la realidad es que, si fue inducida al error teniendo en cuenta de que no hubo una información, o no hay prueba de que la información suministrada fue completamente de la entera satisfacción, del entero entendimiento por parte de la trabajadora demandante. Entonces, no tuvo la usuaria, no contó con elementos de juicio suficientes para determinar que resultaba más benéfico en su caso, y en todo caso, que se le informara con base en los cálculos pertinentes financieros, cuál era el monto real o aproximado siquiera de la suma exorbitante que debía aportar o cotizar y en todo caso acumular en su cuenta de ahorro individual para tener una pensión siquiera cercana a la de Colpensiones.

El Juzgado no desconoce que en el RAI se pueda obtener una pensión, a menos edad y en mayor cuantía que la de Colpensiones, eso el juzgado no lo desconoce, pero hay que ahorrar una cantidad ingente de dinero , exorbitante de dinero, la cual conforme a las reglas que regulan la materia es muy difícil, por no decir que casi imposible que los trabajadores logren acumularla sin hacer aportes adicionales o, jubilarse a edades más tardías que en Colpensiones; por lo que el Juzgado estima en este caso que, no existió tal información y, esa carga probatoria que quedo visto inicialmente se encontraba en cabeza de la administradora privada llamada a juicio. Recordemos que la Sala de Casación Laboral, referente al incumplimiento del deber de información, indicó que era una negación indefinida, por lo que le correspondía a la administradora probar que había hecho lo que era de su resorte, esto es, ilustrar con suficiencia a la trabajadora, pues en palabras de la Corte Suprema, “...es una institución financiera que cuenta con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio lo que la ubicaba en una posición de preferencia frente a sus usuarios. Por el contrario, el usuario se enfrenta a un asunto complejo, hiper

regulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas y se enfrenta a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales, que profundizan la dificultad en la toma de sus decisiones...”.

Ahora, respecto a la excepción de prescripción propuesta, el juzgado se atiene a lo resuelto por la Corte Suprema en reiterados pronunciamientos, entre otros en la SL2601-2021 en el sentido que tratándose de un asunto obligado ligado a la pensión de vejez que es un derecho irrenunciable, mal haría en ser prescriptible esta acción, por lo que se negará la excepción de prescripción. Por lo dispuesto, el Juzgado declarará la ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPM al de RAI....”

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 medio de prueba alguno que permita afirmar que la demandante, antes de trasladarse a la AFP PORVENIR en mayo de 2003, 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, lo único que se allegó al expediente fue el formato preimpreso de SOLICITUD DE VINCULACION O ATRASLADO a PORVENIR, No. 01856555, en el que aparece la firma de la actora en el aparte denominado “...VOLUNTAD DE AFILIACIONES PENSIONES OBLIGATORIAS...” (fl.35 PDF 02).

Al respecto, nuevamente se reitera, la circunstancia que la demandante hubiere firmado el formulario pre-impresos de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que en este aparezca consignado que la decisión fue libre y espontánea; 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 ésta, 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 otros situaciones, circunstancias que no se dieron, como quiera que no se encuentran acreditadas en el plenario, no lo admite la demandante, correspondiendo la carga de la prueba de las mismas a la parte accionada, conforme lo establecido por la jurisprudencia laboral¹.

Y es que, no se advierte que la actor para el momento de la suscripción del formulario de traslado el 27 de mayo de 2003 se le hubiere suministrado la información necesaria y suficiente para tomar esa decisión; o que por el hecho de no indagar sobre su situación pensional, o que pasaba con las semanas que había cotizado, ni que requisitos debía cumplir en el fondo para pensionarse, ni cuanto era el valor de su pensión, o haber verificado que el ISS no se había terminado como le habían dicho sino transformado, o el haber efectuado los aportes respectivos; ratificaban su voluntad de permanencia en el fondo, pues como lo

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.

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 morigera 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 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).

Ahora, de lo referido por la actora 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 ésta, para considerar que se dio la confesión en los términos del artículo 191 del CGP, y por consiguiente se acreditó medianamente el cumplimiento de los presupuestos del deber de información que recaía en la administradora demandada para el momento de traslado de régimen pensional, pues en términos generales éste manifestó que en el lugar donde laboraba para la época en que

efectuó su traslado *Clínica Confiar Salud*, en el año 2003, donde un asesor de Porvenir llevó a cabo una reunión a la cual ella no asistió porque estaba prestando sus servicios en el área Unidad Neonatal, que sus compañeros le informaron que el asesor les había dicho “...que era prioritario, era urgente prácticamente que nos afiliáramos a un fondo como era el RAIS porque el Seguro Social se iba a terminar, que el San Juan de Dios definitivamente la cerraban y que si nosotros seguíamos cotizando seguíamos aportando dinero sería una plata que se iba a perder y nuestro futuro era muy incierto respecto a nuestra pensión...”; que ante ese panorama de incertidumbre firmó el formulario de afiliación sin que se le hubiere dado información de manera personalizada; que no tuvo la oportunidad de leer el formulario dado que estaba “...en ese momento en turno en un servicio UCI Neonatal, de alta complejidad y no se me permitió, que a groso modo el personal que delegue para que fueran a la reunión me dieron una información breve y yo creí y acepte la información y firme el formulario que había enviado el asesor, a quien nunca vi ni conocí...”; precisó que antes de cumplir los 47 años de edad “...pase derecho de petición con mi puño y letra solicitando que necesitaba desafiliarme porque no estaba de acuerdo, me negaron esa respuesta, solicite asesoría no me la dieron, siempre me evadían y me manifestaban que lo mejor era ese fondo al cual yo estaba afiliada...”; por lo que no recibió información relevante e importante sobre el particular; y es que se reitera, la firma en el formato preimpreso que suscribió la demandante con AFP PORVENIR S.A., en el que se consigna una constancia de “VOLUNTAD DE AFILIACIÓN PENSIONES OBLIGATORIA...”; este enunciado como ya se dijo, no es suficiente para tener por demostrado el deber que le correspondía a la AFP demandada; 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 el actor 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 la demandante para el 1° de octubre de 2021 cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con 60 años de edad y por tanto se encontraba inmersa 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 de la demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivada en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se repite, no se demostró que la AFP PORVENIR S.A. hubiese cumplido con su deber de dar a conocer a La

accionante **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 la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, lo que ocurrió el 27 de mayo de 2003 de 1994 cuando tenía 43 años de edad, 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 en sus alegaciones en segunda instancia, 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 Colpensiones en sus alegaciones; 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. trasladar a Colpensiones “...los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora María Herminda León Vargas, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión...”, sin precisar lo referente al traslado de dineros correspondientes a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima individual, ni lo relativo a la redención de eventuales bonos pensionales, conceptos que de conformidad al criterio jurisprudencial, corresponden al aporte del afiliado en el que fue

distribuido o repartido el mismo durante su permanencia en el fondo privado.

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

recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media no solamente debe trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, como la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones debe ser plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por Colpensiones para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida, esta Sala, atendiendo el grado de consulta a favor de la entidad pública demandada, modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que también dicha administradora privada reintegrará a Colpensiones no solo los valores ordenados por la juez, frente al capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, sino también las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, así como los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, al igual que el bono pensional que se relaciona en la historia laboral (fl. 46 PDF 02); precisando que las sumas dispuestas deberán reintegrarse con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, como lo dispuso la CSJ en sentencia SL5686-2021; es decir debe trasladar todos los aportes sufragados por la demandante, con los rendimientos obtenidos y demás conceptos en que se distribuyeron o repartieron dichos aportes durante el tiempo que estuvo afiliado la actora al RAIS, ya que debieron ser recibidos por el ISS en su momento, hoy Colpensiones, 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); esto por cuanto Colpensiones es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Sobre la devolución de los conceptos mencionados, 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” ...”.

Finalmente, en cuanto a que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones a que la AFP traslade los recursos respectivos, se considera que no hay lugar a ello, como quiera que la sentencia apelada y consultada no le impuso a la entidad recurrente carga diferente a las que por ley le compete.

Así queda resuelto el recurso de apelación como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones, debiendo modificarse la decisión de instancia en los términos referidos en precedencia.

Sin costas en esta instancia, al surtirse el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

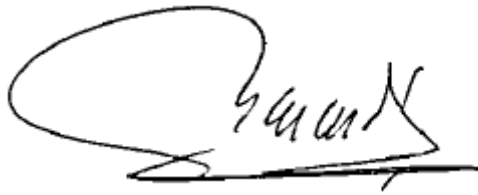
PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia dictada el 6 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá– Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA HERMINDA LEON VARGAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, en el sentido de indicar que la **AFP PORVENIR S.A.** deberá reintegrar a **COLPENSIONES** además de los valores ordenados por el juzgador de primer grado, los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, acorde con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en todo lo demás.

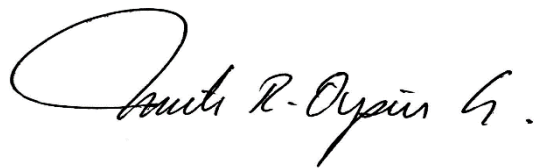
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria