

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HERNANDO JOSÉ PULIDO GUTIÉRREZ CONTRA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Radicación No. 25899-31-05-002-**2022-00165**-01.

Bogotá D. C. once (11) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

Se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020. Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida el 27 de junio de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca.

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

SENTENCIA

- 1.** El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra las entidades de la seguridad social antes mencionadas con el objeto que se declare la ineficacia del traslado que hizo el 1º de abril de 1998 a la AFP Porvenir o, en su defecto, la nulidad; y se tenga válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP Porvenir a devolver a Colpensiones *“todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y cuotas de administración (...), con los rendimientos que se hubieren causado”*; se ordene a Colpensiones activarlo como su afiliado, y se condene al pago de lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que nació el 1º de mayo de 1962; que empezó a laborar desde el 10 de abril de 1987, afiliándose en ese momento al ISS, hoy Colpensiones; y se trasladó a la AFP Porvenir el 1 de mayo de 1998; señala que el asesor de dicha AFP realizó una reunión grupal, por orden del jefe de recursos humanos en las instalaciones de su empleador, en la que informó que tanto el ISS como

CAJANAL *"iban a ser liquidados o intervenidos por el Estado y que por ello sus aportes pensionales se encontrarían en riesgo"*, sin embargo, tal asesor no lo ilustró, previo a su afiliación, *"las implicaciones de trasladarse de régimen pensional"*, *"los alcances de trasladarse de régimen pensional, la naturaleza propia de dicho régimen de capitalización"*, *"no le brindó (...) la información necesaria sobre las desventajas de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por dicha AFP"*, *"no le informó de manera clara y por escrito sobre el derecho de retractación"*, ni que *"al entrar en vigencia la Ley 797 de 2003 podía trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad de 62 años"*, máxime cuando tal fondo conoció el promedio salarial y el número de semanas cotizadas que tenía al momento de la afiliación; agrega que la AFP no lo ilustró *"sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen pensional"*, y aunque la liquidación del ISS y Cajanal era un hecho futuro incierto, no se le informó sobre: *"las ventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media"*, *"las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional"*, *"que la pensión en el Régimen de Prima Media es calculada con base en una fórmula matemática que tiene en cuenta el número de semanas cotizadas y el promedio de los aportes efectuados a pensión obligatoria durante los últimos 10 años laborados"*, *"que la pensión en el régimen de Ahorro individual depende de:"* *"La edad del pensionado y su grupo familiar, determinando la expectativa de vida de los beneficiarios en caso de una sustitución pensional"*, *"El capital acumulado a la fecha del cálculo"*, *"La tasa de rentabilidad esperada del Fondo Especial de Retiro Programado a largo plazo"*; y ante la falta de información, solicitó a Colpensiones, en el mes de mayo de 2022, activar su afiliación en dicho régimen pensional; no obstante, con oficio del 6 de mayo de 2022, la entidad negó su traslado; insiste que la AFP no cumplió con su deber de información necesaria antes del cambio de régimen pensional y durante todo el tiempo que ha estado vinculado en el RAIS, lo cual trae como consecuencia la ineficacia de la afiliación (PDF 02).

3. La demanda se presentó el 23 de mayo de 2022 (PDF 01), siendo admitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá mediante auto de fecha 16 de junio siguiente, ordenándose notificar a las demandadas y vincular a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (pág. PDF 04).
4. Las diligencias de notificación se cumplieron a las demandadas y a la vinculada el 24 de junio de 2022 (PDF 05, 06 y 07).
5. **Colpensiones** dio contestación a la demanda con oposición a sus pretensiones; frente a los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación a esa administradora, el traslado efectuado al RAIS en 1998 y la reclamación que hizo a esa entidad; respecto a los demás hechos, señaló no constarles los mismos como quiera que no estuvo presente en la vinculación que hizo el actor al RAIS. Propuso en su

defensa las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexado o reajuste alguno y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (PDF 10).

6. Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda; solo aceptó los hechos referentes a la edad del actor y a la fecha del traslado de régimen; frente a los demás señaló no constarles, o no ser ciertos; indicó que *"si bien a hoy es innegable que el ISS se liquidó, lo cierto es que los asesores de Porvenir no se valían de esa información para captar o atraer afiliaciones"*, que en esa oportunidad suministró *"información completa, clara veraz y oportuna. La cual, tuvo como propósito brindarle al demandante información tendiente a que tuviera elementos de juicio suficientes para tomar la decisión de realizar traslado de régimen pensional, tal como lo estipuló el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993"*, y que en esa asesoría se informó *"sobre el régimen de transición, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (110% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial); que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales, a su cuenta; que tendría derecho a bono pensional, si había aportado 150 semanas dentro de los tres años anteriores al traslado de régimen pensional, que su vinculación al Régimen de Ahorro Individual era completamente voluntaria, sobre las diferentes modalidades de pensión y la forma en que cada una de ellas funcionaba, al igual que los requisitos para acceder a esta. También se le comunicó que su pensión dependería de variables como su edad, su estado civil, sus beneficiarios entre otros. Se le informó también que podría acceder a una pensión mínima si a los 62 años no cumplía con el capital necesario para la pensión. Asimismo, al demandante se le indicó que de sus aportes se realizaría un descuento mensual para gastos de administración, los cuales se verían reflejados en los rendimientos que sus aportes generarían; así mismo se le informó que de este mismo descuento se destinaría una parte para el pago de una aseguradora que, en caso de incurrir en contingencias de invalidez o muerte, cubriría el 100% de la prestación a la cual tuviese derecho"*, *"los beneficios más importantes del Régimen de Ahorro Individual"*; señala que no puede exigírsele obligaciones inexistentes para la fecha del traslado, como lo es la comparación de las ventajas y desventajas entre los regímenes pensionales; que sí le informó al actor sobre su derecho al retracto; y le comunicó las restricciones del traslado antes de los 10 años del cumplimiento de la edad; considera que el actor *"contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la información otorgada por parte de PORVENIR, como quiera que mi representada siempre ha tenido a disposición de todos sus afiliados los diversos canales de comunicación, bien sea en sus oficinas físicas a nivel nacional o vía telefónica o a través de la página web. Cosa diferente es que el actor, en el marco de una actuación contraria a la de una debida diligencia, no realizó ninguna gestión tendiente a informarse sobre su futuro pensional"*. Propuso en su defensa

la excepción previa de no comprender la demanda a todos los litisconsorcios necesarios; y las excepciones de mérito denominadas prescripción de la acción de nulidad, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (PDF 08 y 09).

- 7.** Con auto del 28 de julio de 2022, el juzgado tuvo por contestada la demanda por Colpensiones e inadmitió por la AFP Porvenir (PDF 11); luego de subsanada, mediante providencia del 18 de agosto del mismo año, la tuvo por contestada y señaló como fecha para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 15 de diciembre de 2022 (PDF 13), diligencia que se realizó ese día (PDF 18). La audiencia de trámite y juzgamiento se fijó para el 5 de mayo de 2023, no obstante, la misma se reprogramó con auto del 16 de ese mes y año (PDF 22).
- 8.** El Juez Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, en sentencia proferida el 27 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado el 1 de marzo 1998; condenó a 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 del demandante las correspondientes semanas"*; declaró probadas las excepciones propuestas por la demandada; y condenó en costas a las AFP demandada, tasando las agencias en derecho en 1 SMLMV (PDF 31).
- 9.** Inconforme con la decisión, la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, en el que manifestó: *"Como primer punto, tenemos el tema sobre la prohibición legal, es así como al momento de la solicitud del retorno al régimen de prima media el demandante se encontraba dentro en la prohibición legal descrita en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en la cual se manifiesta que después de 1 año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Como segundo punto, se tiene que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil; ahora bien, no nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o resolución judicial; debe tenerse en cuenta que existió ratificación expresa o tácita que sana el presunto vicio del contrato, en el presente asunto del demandante saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibídem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizó el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que el demandante durante todo este tiempo ha consentido en que se le hagan los descuentos respectivos con destino al ahorro individual. El tercer punto, respecto a la carga de la prueba, se tiene que en el presente caso no existe prueba que permita acreditar evidentemente si existió o no algún vicio en el consentimiento, entendido como el deber de información, en el presente caso se torna en*

imposible de probar hechos ocurridos en el año 1998 y es aplicable el precepto que reza que nadie está obligado a lo imposible. Como cuarto punto, respecto al deber de información, tenemos que el precedente de la Corte Suprema utiliza como norma para la aplicación del deber de información, es el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, por la 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 de asentimiento del afiliado respecto al 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 el año 1998; imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, se constituye en una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica y basa las decisiones de los jueces en supuestos; si bien el fondo privado debe informar de manera suficiente al actor, esto no lo exoneraba el deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional, de la cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez. Quinto punto, sobre la descapitalización del sistema, tenemos que en sentencias de C-1024 de 2004, SU062 de 2010, y SU130 de 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslados, 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 ineficacias de traslado de un afiliado al régimen de prima media al RAIS afecta a 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 sirvan revocar la presente providencia, en consecuencia, se absuelva a Colpensiones de la totalidad de las súplicas de la demanda”.

10. Recibido el expediente digital, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 17 de julio de 2023; luego, con auto del 25 del mismo mes y año, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, ambas los allegaron.

La demandada **Porvenir AFP** reiteró lo señalado en su escrito de contestación; señala que en virtud del recurso presentado por Colpensiones debe revocarse la sentencia por no configurarse los presupuestos para la ineficacia del traslado de régimen; agrega que la afiliación del actor al RAIS se hizo de manera libre, voluntaria y consiente; que la AFP cumplió con su deber de información; que le garantizó al demandante retornar al régimen de prima media y dispuso los canales de comunicación suficientes para conocer las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual, por lo que

el actor pudo comparar los regímenes y escoger el RAIS, lo que se materializó con la firma del formulario; menciona que resulta improcedente devolver las sumas que invirtió para mantener los recursos del actor y para incrementarlos, pues es claro que los gastos de administración y comisiones ya se agotaron.

Colpensiones reiteró los puntos expuestos en su recurso de apelación, respecto a la prohibición legal del traslado; aduce que no se acreditaron los vicios del consentimiento, que no era su responsabilidad la carga de la prueba, que se cumplió con el deber de información requerido para la época, y la descapitalización del sistema; solicita se revoque la decisión o en su defecto, se condicione su cumplimiento, previa 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”*.

Finalmente, la parte **demandante** solicita se confirme la sentencia porque en efecto, la AFP no cumplió con sus deberes de información, pues ello no lo acreditó dentro del expediente correspondiéndole la carga de la prueba; y en general, reitera lo señalado en su escrito de demanda.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de esos. Pero igualmente tiene que surtirse el grado de consulta en favor del COLPENSIONES como lo ordena el artículo 69 del CPTSS, toda vez que se trata de una entidad pública descentralizada de la que la Nación es garante, y en ese sentido, se revisarán las condenas impuestas en cuanto impliquen afectación económica a dicha entidad, sin restricciones de ninguna índole.

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

Sea preciso advertir que no es objeto de controversia que el aquí demandante estuvo afiliado inicialmente al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones, pues así lo aceptan las partes. Que suscribió el formulario de afiliación a la AFP Porvenir el 1º de marzo de 1998 (pág. 88 PDF 08), realizando aportes desde ese mismo mes (pág. 72 PDF 08). De otro lado, las partes no discuten que el actor nació el 01 de mayo de 1962, y así se desprende de su cédula de ciudadanía (pág. 23 PDF 02). Finalmente, de la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A., se observa que el demandante al 7 de julio de 2022 tenía 66.5 semanas cotizadas a Colpensiones y 940.5 semanas cotizadas al RAIS, para un total de 1007 semanas de cotización, más 30.7 pendientes por confirmar del fondo público (pág. 58 PDF 08).

El juez al proferir su decisión consideró que se daban los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al RAIS, pues si bien obra formulario de afiliación en el que se deja constancia que se hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual y la selección de la AFP Porvenir, esa afirmación no pudo corroborarse con las demás pruebas del proceso; sin que, por otra parte, se haya cumplido con el deber de información exigido por la jurisprudencia relativa al tema; incluso, el demandante en su interrogatorio señaló que la AFP no brindó ningún tipo de información sobre las consecuencias y características del traslado consignado en el documento que se le entregó para su firma, ya que solo se limitaron a mencionar la inminente desaparición o extinción del régimen de prima media administrado por el ISS y por Cajanal, lo que conllevó a que tomara su decisión de suscribir el documento, pues lo que reiteraban los asesores de Porvenir es que no tenían opción diferente que afiliarse a los fondos privados; por tanto, consideró que no se podía concluir que dicho fondo hubiese informado al actor las características, ventajas o desventajas u objetivos de cada uno de los regímenes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; información que la AFP estaba obligada brindar al actor en la época del traslado; agrega que la carga probatoria recaía en la AFP, y que en este caso no se configura la excepción de prescripción.

Analizado el material probatorio recaudado, debe decir la Sala que comparte la decisión del juez, pues efectivamente se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen aquí solicitada, siguiendo estrictamente los parámetros jurisprudenciales en este aspecto, dado su carácter vinculante.

Se empieza por decir que, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral, las administradoras de fondos de pensiones, desde su creación, como se explicará más adelante, han tenido el deber de ofrecer información a los

usuarios del sistema pensional para que estos puedan tomar una decisión consciente y libre acerca de su futuro pensional; deberes que con el paso del tiempo se han intensificado, desde el deber de información necesaria (artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003), al de asesoría y buen consejo (artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010); y finalmente al de doble asesoría (Ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa No. 016 de 2016).

Por tanto, corresponde a los jueces evaluar el cumplimiento del deber de información, según el momento histórico en que debía observarse, que en el *sub lite* son las normas vigentes para el año 1998, cuando ocurrió el traslado de régimen del demandante, y desde ese ángulo establecer si la administradora dio efectivo cumplimiento a dicha obligación.

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

Ahora, dentro de las características del referido sistema de pensiones, el literal b) del artículo 13 ibídem consagra que la selección de los trabajadores, tanto dependientes como independientes, a cualquiera de los dos regímenes, "*es libre y voluntaria*", y para tal efecto el afiliado "*manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado*", y agrega tal norma que "*el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley*".

Frente a la expresión "*libre y voluntaria*", contemplada en el citado artículo 13, la jurisprudencia laboral entiende que la misma necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de esa decisión. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136 de 2014 señaló que no puede alegarse "*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya*

correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”. Además, el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), aplicable a las administradoras de fondos de pensiones desde su creación, dispuso en el numeral 1º del artículo 97 como obligación de tales entidades “suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

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

Respecto a la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dice la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes mencionadas, que hace referencia a “la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones”, y en ese sentido, la persona pueda comparar las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, previo a tomar su decisión. Además, dice la jurisprudencia frente al principio de transparencia, que “es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida”, para que de esta forma la elección del afiliado al sistema pueda darse después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los regímenes ofertados; es decir, el referido principio impone la obligación a las entidades de dar a conocer **toda** la verdad objetiva de los diferentes regímenes “evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia laboral ha sido pacífica en sostener que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditado el deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones, pues dicho consentimiento necesariamente debe ser informado. Frente al tema, la sentencia SL19447 de 2017 señaló que, *“al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario (...)”*; criterio que se reiteró en las sentencias SL1452 y SL1689 de 2019, en las que se agregó que *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”*.

Así las cosas, al ser patente 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, y en ese orden absolverla de las pretensiones de la demanda, sin que tampoco pueda entenderse que el actor al efectuar sus aportes al régimen de ahorro individual con solidaridad, y efectuar traslados entre administradoras, convalidó la omisión de la AFP demandada, como lo indica Colpensiones en su recurso. Además, tampoco puede entenderse que, de conformidad con las directrices emitidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, deba tenerse como única exigencia para la validez del traslado de régimen, la manifestación de voluntad vertida por el afiliado en el diligenciamiento del formulario, como ampliamente se expuso en la jurisprudencia en cita.

Por lo tanto, observa la Sala que, en el caso concreto, no se cumplen tales presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral, pues dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que el demandante, antes de la firma del formulario de traslado a la AFP Porvenir, el 1º de marzo de 1998, hubiese recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento,

y lo único que se allegó al expediente al respecto, fue el formato preimpreso de "SOLICITUD DE VINCULACIÓN" que suscribió el actor a favor de la AFP tal día (pág. 88 PDF 08), y aunque en el mismo se consigna una constancia de que esa selección la efectuó "EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES", lo cierto es, como ya se dijo, que tal enunciado no es suficiente para tener por demostrado el deber de información que le correspondía a dicha AFP, como ampliamente se explicó. Asimismo, en el interrogatorio de parte, indicó que los funcionarios de la AFP Porvenir fueron a la empresa donde él trabajaba, y les ofrecieron como única alternativa la afiliación a ese fondo por cuanto el ISS y CAJANAL iban a desaparecer, por lo que los dineros se iban a perder; que ellos tenían los formularios listos, y estaba el grupo completo de la empresa, entonces ante el temor de perder los dineros ahorrados, firmaron el documento y ya; que no le dieron más información, como tampoco con posterioridad le indicaron que podía cambiarse de régimen. De otro lado, aunque la AFP menciona en su contestación que cumplió con su obligación de informar debidamente al actor, acerca de las consecuencias del traslado, las modalidades de pensión, los rendimientos que obtendría en comparación con el fondo público, y demás características propias de cada régimen, junto con los comparativos entre ambos regímenes, lo cierto es que no allegó prueba de ello.

Por tanto, no queda otro camino que confirmar la ineficacia del traslado declarado por la juez de primera instancia.

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

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

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

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

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

En cuanto al otro punto objeto de apelación, hay que decir que si bien el demandante, para la fecha 5 de mayo de 2022, 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 inmerso en la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en cuanto indica que “el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y además no era

beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que le hubiese permitido regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo conforme lo dispuso la sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional al declarar exequible el citado artículo 2º de la Ley 797 pues, según se advierte, a la entrada en vigencia de dicha norma (1º de abril de 1994), no tenía los 40 años de edad ni los 15 años de servicios allí requeridos, ya que para ese momento tenía 31 años (toda vez que nació el 1º de mayo de 1962), y había cotizado tan solo 20 semanas (pág. 54 PDF 08), de todas formas, es la misma jurisprudencia laboral la que ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar *"con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP"*, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren *"al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (Sentencia CST SL1452 de 2019), por lo que en nada interfiere la edad del aquí demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se reitera, aquí no se demostró que la AFP Porvenir, hubiese cumplido con su deber de dar a conocer al demandante **toda la verdad objetiva** de las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias de los diferentes regímenes, no solo la proyección de la pensión a la que la AFP hace referencia en su recurso, sino de **toda** la información requerida para ese momento como lo ha dicho la jurisprudencia, 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.

Aunado a lo anterior, conviene precisar que casos como el aquí discutido, en los que mediante sentencia judicial se admite la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sus efectos se producen desde el mismo momento en que se generó el acto que dio origen a dicha ineficacia, vale decir, en el caso concreto, desde que el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, lo que ocurrió el 1º de marzo de 1998, cuando tan solo tenía 35 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), por lo que esta sería una razón adicional para confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

Ahora bien, en aras de resolver el grado jurisdiccional en favor de Colpensiones, debe decirse que aunque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar pues 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 si se realizara el traslado de régimen sin trasladar los recursos existentes en el fondo de garantía de pensión mínima, 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 a Colpensiones debe ser plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por Colpensiones para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida, como lo ha indicado nuestro órgano de cierre (Sentencia SL3199-2021 Rad. 84288 del 14 de julio de 2021), esta Sala modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que la AFP Porvenir igualmente reintegrará a Colpensiones no solo los valores ordenados por el juez, frente a los aportes, sino también, sus rendimientos financieros y gastos de administración, así como los recursos existentes en el fondo de garantía para pensión mínima, los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y los valores utilizados en seguros previsionales. Esto por cuanto Colpensiones es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, en la que concluyó que:

“Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima»”

“Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.

Finalmente, no hay lugar a condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones a que la AFP realice previamente la devolución de la totalidad de las sumas aquí ordenadas, pues la sentencia apelada y consultada, no le impuso a Colpensiones carga diferente a la de asumir el demandante como su afiliado.

Así quedan resueltos los recursos de apelación como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones.

Sin costas en esta instancia por cuanto el recurso prosperó parcialmente.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de fecha 27 de junio de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de HERNANDO JOSÉ PULIDO GUTIÉRREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”, AFP PORVENIR Y AFP PROTECCIÓN, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir deberá reintegrar a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, como los aportes, sino también, sus rendimientos financieros, gastos de administración, los recursos existentes en el fondo de garantía para pensión mínima, los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y los valores utilizados en

seguros previsionales, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada



LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria