



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25899 31 05 001 2019 00342 01

Luis Fernando Meléndez Vélez vs. Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones. y Porvenir S.A.

Bogotá D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, resuelve la sala los recursos de apelación presentados por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de la sentencia condenatoria proferida el 9 de julio de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia de la referencia.

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

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. Luis Fernando Meléndez Vélez, mediante apoderado judicial, promovió proceso ordinario laboral contra Colpensiones con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado del RPM al RAIS. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación, tales como bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración; de igual forma se le ordene a Colpensiones recibirlo en calidad de afiliado junto con sus consecuenciales; indexación, costas y agencias en derecho, lo *ultra* y *extra petita*.

Como supuesto fáctico de lo pretendido, manifestó, en síntesis, que nació el 28 de noviembre de 1954 y en la actualidad cuenta con 64 años de edad, que efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el año 1986 y lo hizo hasta el



3 de julio de 1996 logrando acumular 579 semanas de cotización; que el 4 de julio de 1996 suscribió formulario de afiliación a BBVA Horizonte hoy Porvenir S.A..

Afirma que los asesores de BBVA Horizonte motivaron su traslado del RPM al RAIS bajo un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podía obtener en el RPM, que podía acceder a una mejor pensión, sin embargo no se le explicaron las condiciones y requisitos exigidos para acceder a dicha prestación económica, no se le informó que el monto de la pensión dependería del ahorro de su cuenta individual y no de la cantidad de semanas y promedio salarial; no se le indicaron las ventajas y desventajas del traslado, lo que demuestra que fue inducido en error viciando su consentimiento, que dado a que actualmente cuenta con 64 años de edad y un total 1597 semanas cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme lo establecido en la Ley 797 de 2003.

2. Contestación de la demanda. las demandadas contestaron así:

2.1. Colpensiones contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que dentro del expediente no obra prueba alguna que acredite que efectivamente al demandante se le hubiese inducido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo); así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, al contrario de las documentales se observa que se encuentran a derecho, que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas, que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por ende no procedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el art. 2º de la Ley 797 de 2003.

En su defensa propuso las excepciones de mérito 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, la innominada o genérica.



2.2. Porvenir S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda, en la medida en que la vinculación del demandante con Horizonte S.A. en el año 1996 fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre sus implicaciones, el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales individuales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación No. 334334 – documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el art. 144 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico. Por lo tanto no es procedente decretar la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidencia causa y objeto ilícitos de conformidad con los artículos 1504 y siguientes del Código Civil, en tanto que la decisión del demandante fue libre, voluntaria y espontánea. Agrega que tampoco procede la declaración de ineficacia referida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, puesto que opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; es decir ,conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por el demandante.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

3. Sentencia de primera instancia.

La Jueza Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante la sentencia proferida el 9 de julio de 2021, resolvió: *“declarar la ineficacia del traslado que se efectuó por parte del aquí demandante Luis Fernando Meléndez Vélez a régimen de ahorro individual hoy Porvenir, representada por el fondo de pensiones hoy Porvenir, se declaró entonces en consecuencia la ineficacia de ese traslado y se ordena en consecuencia a Porvenir, restituir o devolver los aportes por pensión, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, se ordena en consecuencia a Colpensiones recibir obviamente al aquí demandante por concepto de esta ineficacia que se acaba de declarar como afiliado de la entidad demandada Colpensiones. Este despacho se abstiene de condenar en costas y agencias en derecho a las acá demandadas...”*

4. Recursos de apelación de las demandadas. Inconformes con la decisión, formularon y sustentaron las apelaciones así:



4.1. Colpensiones adujo: «(...) Dentro del presente proceso es claro que el demandante haciendo uso de la atribución contenida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 escogió por su propia voluntad el régimen al que él quería ser afiliado, de otro lado, para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorno se encontraba dentro de prohibiciones legales para ello, cómo lo contenido en la ley 100 de 1993 en su artículo 13 que preceptúa: “después de un año de vigencia de la presente ley el afiliado no puede ir a trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Dentro del presente caso tampoco el demandante reúne los requisitos señalados en sentencia SU 062 del 2010 y en sentencia SU 130 del 2013, también se observa que el demandante no hizo uso de los derechos de los afiliados, **esto es el retracto** el cual le da al afiliado la posibilidad dejar sin efectos su elección ya sea al régimen pensional o de administradora dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual él haya manifestado por escrito la correspondiente selección. También es pertinente manifestar que al momento de la afiliación al RAIS el demandante se encontraba frente **a una mera expectativa**, pues tal como se desprende de los hechos y de las pruebas obrantes en el proceso para la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es a 1º de abril del 94, el demandante no contaba con requisito de semanas o tiempo de servicio para querer regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo. Por lo tanto, para el caso en concreto el demandante no reúne requisitos para ser beneficiarios del régimen de transición y poder regresar al régimen de prima media en cualquier momento. Así mismo se reitera que es muy importante tener dentro del presente proceso, tener muy en cuenta sobre **la sostenibilidad financiera** del sistema pensional, frente a este tema la Corte Constitucional ha reiterado varios pronunciamientos en especial en sentencia C-1024 del 2004, donde se reprodujo lo pertinente en sentencia, en la sentencia C-062 posterior del año 2010, donde se dijo: “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de decadencia de la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, que se procedería si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo cómo y por lo mismo no fueron tenidas en consideración en la realización de cálculos actuariales para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico pudiesen trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, a lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable de la pensión del resto de cotizantes. Desde esta perspectiva si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos y número de semanas puedan tener una pensión mínima, independiente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad sino al principio de eficiencia personal, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a los que da derecho la Seguridad Social.” También cabe reiterar que en el presente proceso **no se dan probados los vicios alegados de nulidad** como son los vicios de error fuerza y dolo, al respecto existen varios pronunciamientos, entre ellos, el proceso 19 2015 0915 con ponencia del magistrado Carlos Andrés Vargas del 10 de



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

octubre del 2017 donde allí se Indicó “los vicios de error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que los alegan y de manera alguna pueden trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo, lo anterior de conformidad con el artículo 167 del código general del proceso, las partes tienen la obligación de probar los supuestos fácticos en que afirman sus alegaciones según el extremo que ocupan”, es así como se ve en el presente proceso resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en el caso particular frente a Colpensiones, que en los casos en que se declara la nulidad es la más afectada en lo ateniendo a la sostenibilidad del sistema pensional como ya se dijo anteriormente. Por las razones expuestas solicitó de los señores magistrados se revoque la presente sentencia y en consecuencia se absuelva a colpensiones...»

4.2. Porvenir S.A. manifestó: *«(...) su señoría estando dentro de la etapa procesal pertinente me permito presentar el recurso de apelación de manera parcial en contra del fallo, esto es frente a los gastos de administración indicados por el fallo. En este sentido, se le solicita a los señores magistrados se revoquen de manera parcializada frente a **los gastos de administración** teniendo en cuenta que Porvenir en este caso, pues Horizonte, para el año en que se realiza la afiliación con el demandante el mismo se surtió bajo los lineamientos de libre decisión de régimen pensional o de libertad, esta también fue una decisión voluntaria e informada de la parte actora frente a su vinculación en el régimen de ahorro individual y tal hechos se constata con la firma del formulario, con las cotizaciones, con los aportes rendidos por más de 20 años surtidos en las cuentas y en favor de las cuentas del régimen de ahorro individual en favor de la cuenta de mi representada. Aunado a ello pues no se puede desconocer la voluntad del actor en este sentido pues, no se puede olvidar que el actuar de mi representada fue tomar por así decirlo los aportes, ir generando unos rendimientos, unas sumas que se generarían como consecuencia de sus ahorros. Al respecto a de mencionar que la Superintendencia financiera de Colombia en concepto de radicación número 2019 1522169 003000 del 17 de enero del 2000 indicó de manera expresa que los eventos en los que procede la nulidad o la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de cuenta del afiliado sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional consideración o gastos de administración puesto que tales circunstancias o tales sumas obedecieron a un deber contractual de mantener una cobertura durante la vigencia o de la permanencia, en este caso, del afiliado. Aunado a ello pues en este sentido al proceder a un traslado de gastos de administración hoy se estaría configurando un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones y pues esa circunstancia, y no existe norma que disponga tal devolución respecto a los gastos de administración puesto que de manera clara y sin lugar a interpretaciones diferentes el artículo 113 literal B de la ley 100 de 1993 menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta individual incluidos rendimientos, más no se evidencia los gastos de administración, o aquellos gastos que se generaron por una contraprestación respecto de una labor que estaba realizando mi representada frente a la gestión del incremento del capital de la cuenta individual del afiliado. »*

5. Alegatos de conclusión. En el término de traslado, solo las demandadas presentaros alegaciones de segunda instancia, así:



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

5.1. Colpensiones reiteró la mayoría de los argumentos expuestos en su recurso de apelación, sin embargo, en esta instancia solicita: *“En caso de no acogerse los argumentos expuestos por mi representada y en consecuencia la Sala confirme la providencia objeto de la alzada y sin que de ninguna manera se entienda reconocida las pretensiones, SOLICITO SE CONDICIONE el cumplimiento de la sentencia por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-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. En igual sentido solicito a la Honorable sala la NO condena en costas a mi representada toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a COLPENSIONES.”*

Aspectos que no fueron enrostrados en el recurso de apelación sustentado de manera oral en primer grado, por lo tanto, este Tribunal no cuenta con competencia funcional para pronunciarse al respecto, ya que debe sujetarse estrictamente a los temas señalados en el medio de impugnación, tal como lo ordena la norma procesal que rige este tipo de asuntos – art. 66 A CPT y SS-.

5.2. Porvenir incluye nuevos temas al presentar sus alegatos, habla de que no existió vicio en el consentimiento del actor, que el fondo de pensiones le garantizó el derecho al retracto, que el afiliado recibió suficiente información, entre otros aspectos; recordando que cuando se presentó y sustento el recurso de apelación, en oralidad y primer grado, se pidió la revocatoria parcial de la sentencia, únicamente en lo relacionado con la devolución de gastos de representación, por lo que mal hace el apoderado judicial de la demandada en pretender que en esta instancia se efectúe el estudio de aspectos que no fueron enrostrados en el medio de impugnación, recordándole que la Sala sólo tiene competencia funcional para analizar los puntos expuestos en la alzada, y no más, tal como se dijo en precedencia.

6. Problema (s) jurídico (s) a resolver. Con sujeción al principio de consonancia consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas



jurídicos: **1)** ¿En el caso en concreto 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 y por lo tanto deba absolverse a Colpensiones de las súplicas de la demanda?; dependiendo de lo que resulte, **2)** ¿se debe revocar la sentencia en cuanto a la orden de la devolución de los gastos de administración?.

7. Grado jurisdiccional de consulta. Se examinará la sentencia en consulta en lo desfavorable a 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 por ejemplo en la sentencia CSJ SL 2807-2018 Rad. 68769.

8. Resolución al (los) problema (s) jurídico (s).

De antemano, la sala anuncia que la sentencia apelada y consultada será **modificada parcialmente** para ordenar la devolución de las comisiones, los aportes existentes en el fondo de garantía para pensión mínima, y, además, los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del actor, en lo demás será confirmada.

9. Fundamento (s) normativo (s) y jurisprudencial (es). Ley 100 de 1993; D. 663 de 1993, Ley 797 de 2003, D. 510 de 2003, D. 3995 de 2008, D. 2071 de 2015, D. 1833 de 2016; Circular Externa No. 016 de 2016; CSJ SL 12136 de 2014, SL19447 de 2017, SL1452 de 2019, SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, SL 2877 del 29 de julio de 2020.

Consideraciones

Procede la Sala a resolver los problemas jurídicos planteados así:

Se empieza por decir que las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de ofrecer información a los usuarios del sistema pensional para que estos puedan adoptar sus decisión de forma consciente y libre, ya que esto sin duda alguna repercute en su futuro pensional; obligaciones que con el paso del tiempo han cogido auge, concretándose en el **deber de información necesaria**



(artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003); **al de asesoría y buen consejo** (artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010); y finalmente el de **doble asesoría** (Ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa No. 016 de 2016).

Así las cosas, compete a los jueces de la seguridad social determinar si en cada caso en particular se cumplió o no con el deber de información según el momento histórico en que debía observarse, que, en el caso, son las normas vigentes para el año 1996, cuando ocurrió el traslado de régimen pensional del demandante, y desde esa perspectiva establecer si el fondo de pensiones acató su deber.

Ahora, dentro de las características de los sistemas pensionales se consagra como primordial que la vinculación sea “*libre y voluntaria*”, y para tal efecto, el afiliado “*manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado*”, y agrega tal norma que “*el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley*” (literal b art. 13 Ley 100 de 1993)

De cara a la expresión “*libre y voluntaria*” contemplada en el citado artículo la jurisprudencia laboral entiende que tales conceptos recaen en el conocimiento holístico que debe tener la persona que decida afiliarse a alguno de los dos regímenes pensionales (RPM o RAIS), y eso solo se puede materializar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de esa decisión. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: “*que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*”. (SL 12136 de 2014)

Por otro lado, el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), aplicable a las administradoras de fondos de pensiones desde su creación, dispuso en el numeral 1º del artículo 97 como obligación de tales



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

Respecto a la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, enseña la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que: *“la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones”*, y en ese sentido, la persona pueda comparar las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, previo a tomar su decisión. Además, dice la jurisprudencia frente al principio de transparencia, que *“es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida” para que de esta forma la elección del afiliado al sistema pueda darse después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los regímenes ofertados; es decir el referido principio impone la obligación a las entidades de dar a conocer **toda** la verdad objetiva de los diferentes regímenes, “evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*. (Sentencias CSJ SL1452 de 2019 y SL1688 de 2019, reiteradas en SL1689 de 2019)

Sumado 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. Frente al tema, la sentencia SL19447 de 2017 señaló que, *“al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante»*, es decir, *no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario (...)*”; criterio que se reiteró en las sentencias SL1452, SL1688 y SL1689 de 2019, en las que se agregó que: *“la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los*



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

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».

Descendiendo al caso en concreto, se advierte que en el plenario se encuentra demostrado que el aquí demandante estuvo afiliado al RPM, administrado por el ISS hoy Colpensiones, desde el 19 de agosto de 1986 y hasta el 30 de junio de 1996 (fl. 74 archivo 03 del expediente digital), cotizando para ese régimen 229,71 semanas; que suscribió el formulario de traslado a Porvenir S.A. el 4 de julio de 1996 (fl. 30 archivo 01 pdf.), que nació el 28 de noviembre de 1954 y a la fecha tiene 66 años de edad (fl. 13 ib.), ya que tales situaciones fácticas no fueron controvertidas por las partes y además aparecen acreditadas documentalmente. Igualmente, no es objeto de discusión que Porvenir S.A., el 23 de octubre de 2018, realizó una proyección de la mesada pensional del demandante para la fecha que cumpliera los 66 años de edad (28 de noviembre de 2020), en la que se menciona que cuenta con 1838 semanas cotizadas (a febrero de 2019), un saldo de la cuenta de ahorro individual de \$176.060.466 y un bono pensional por valor de \$169.745.126, para un patrimonio total de \$345.805.592, proyectando una mesada pensional de \$1.304.800 (fl. 31 ib.)

La jueza al proferir su decisión consideró que había lugar a declarar la ineficacia de afiliación pretendida por el demandante, toda vez que: *“para este estrado judicial y las pruebas que obran dentro del proceso en la medida en que nos encontramos con el documento de afiliación, la fecha del traslado del régimen y el comunicado de prensa para este estrado judicial dicha circunstancia no resulta ser suficiente, lo que implica necesariamente que hay insuficiencia en la información, en la medida en que la información afecta, o sea, hay insuficiencia en la información en la asesoría por parte del fondo, lo que lleva necesariamente a concluir que acá hay una ineficacia de la afiliación...”*

Por su parte Colpensiones insiste en el hecho en que en este caso en particular no se han probado los vicios en el consentimiento para establecer la nulidad del traslado, que deben analizarse los aspectos relacionados con la posibilidad del retracto y la prohibición del traslado, que el actor tenía una mera expectativa y debe atenderse la solidaridad financiera.



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

Entre tanto Porvenir S.A. solo manifiesta inconformidad respecto a la devolución de los gastos de administración.

Así las cosas, observa la Sala que en este asunto no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral, pues dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que el demandante, antes de la firma del formulario de traslado a la AFP Porvenir, el 4 de julio de 1996, hubiese recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento, ya que lo único que se allegó al expediente fue el formato preimpreso de “*SOLICITUD DE VINCULACIÓN*” que suscribió el actor a favor de la AFP Porvenir dicho día (fl. 30 archivo 01 pdf), y aunque en el mismo se consigna una constancia de que esa selección la efectuó “*EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES*”, lo cierto es, como ya se dijo, que este enunciado no es suficiente para tener por demostrado el deber de información que le correspondía a la AFP demandada, como ampliamente se explicó, siendo esta la única prueba aportadas por las partes para verificar el deber de información, por lo que analizado este aspecto hay lugar a confirmar la ineficacia del traslado ordenado por la juez.

Por lo demás, con los comunicados de prensa o el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, no se puede arribar a una conclusión distinta, se insiste acá se vulneró el derecho a la información del demandante.

Frente a los puntos objeto de apelación, hay que decir que si bien el demandante para el 7 de junio de 2019, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con 65 años de edad y por tanto se encontraba inmerso en la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en cuanto indica que “*el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*” y además no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que le hubiese permitido regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo, conforme lo dispuso la sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional al declarar exequible el citado artículo 2º de la Ley 797, porque,



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; para ese momento solo tenía 39 años (toda vez que nació el 28 de noviembre de 1954), y contaba con menos de 10 años de servicios cotizados, según la historia laboral que reposa en el plenario; también es cierto que podía retractarse de su elección, y que sin duda alguna la decisión de declarar la ineficacia del traslado repercute en la sostenibilidad financiera del fondo, situación que no se le puede achacar al afiliado; 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”*, o que se deba acreditar la intención del retracto o adentrarse un exhaustivo análisis de la sostenibilidad financiera, dado que 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 esos aspectos, se reitera, no se demostró que 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, carga probatoria que se encontraba en su cabeza, por ende, dicho traslado deviene ineficaz, y en ese sentido, las cosas vuelven a su estado anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

Con todo, en cuanto al sostenimiento financiero, 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 Porvenir a Colpensiones debe ser plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por Colpensiones para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida, esta Sala en sede de consulta modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que Porvenir S.A. igualmente reintegrará a Colpensiones no solo los valores ordenados por la juez, frente a los aportes, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, sino también, las comisiones, los aportes existentes en el fondo de garantía para pensión mínima, y, además, los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, ya que según se observa de las documentales allegadas al plenario, el Consejo superior de la Judicatura – sede administrativa- liquidó un bono pensional a favor de la demandante, del 2000 al 2010 (fl. 50 archivo 03 pdf). Esto por cuanto Colpensiones es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2877 del 29 de julio de 2020, en la que concluyó que: *“Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no*



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

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”.

Con lo anterior también se da respuesta al recurso de apelación de Porvenir S.A., indicando que en estos casos, tiene aceptado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia deben devolverse los gastos de administración, precisamente en aras del principio de sostenibilidad fiscal, ya que ese recurso, se insiste, será utilizado para el reconocimiento del derecho pensional, por parte de Colpensiones.

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

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

Resuelve:

Primero: Modificar parcialmente el numeral 2º de sentencia apelada, en el sentido de indicar que Porvenir S.A. deberá reintegrar a Colpensiones no solo los aportes, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, sino también, las comisiones, los aportes existentes en el fondo de garantía para pensión mínima, y, además, los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.



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

Segundo: Confirmar en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Tercero: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JOSE ALEJANDRO TORRES GARCÍA
Magistrado