

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25290-31-12-002-**2019-00343-02**
Demandante: **OLGA YANET ORTÍZ MANRIQUE**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, Y OTRA**

En Bogotá D.C. a los **11 DIAS DEL MES DE SEPTIEMBRE DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA 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 los recursos de apelación presentados por las entidades demandadas, contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá–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

OLGA YANET ORTIZ MANRIQUE, demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y al **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, para que previo trámite del proceso ordinario laboral se declare la nulidad del traslado y afiliación del régimen de prima

media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizó la actora el 30 de marzo de 2007; en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos que existen en la cuenta de ahorro individual de la demandante; lo ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones se expone en la demanda que la accionante nació el 22 de octubre de 1964, para la fecha de presentación de la demanda contaba con 55 años, que desde el mes el 8 de marzo de 1985 se afilió al fondo de pensiones administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, la cual perduró hasta abril de 2007, cotizando un total de 1.090 semanas, de las cuales 816.14 se cotizaron directamente al entonces ISS y las restantes corresponden al tiempo laborado en la Contraloría de Cundinamarca -25 de noviembre de 1987 al 25 de enero de 1993 cotizadas a Caprecundi; el 30 de marzo de 2007, cuando contaba con 42 años de edad, se encontraba trabajando en la Empresa de Energía de Cundinamarca en el municipio de Fusagasugá, recibió la visita de una asesora comercial de la AFP Porvenir S.A., quien le propuso cambiar de régimen pensional y trasladarse a dicha entidad, bajo el argumento que en éste se pensionaría con mejores condiciones económicas a las que podría tener en el RPM, es decir que los ingresos que en un futuro recibiría por concepto de pensión serían mayores en Porvenir a los que obtendría el Colpensiones, que podría llegar a pensionarse en un menor tiempo por cuanto no tendría que cumplir necesariamente la edad mínima requerida en el RPM; por lo que tomó la decisión de trasladarse de régimen firmando el formato de solicitud de vinculación No. 129064398.

Señala que dicha decisión terminó siendo un grave error para ella, por cuanto *“...lo que le dijo la Asesora Comercial de PORVENIR S.A. de que iba a tener allí una mejor pensión no es verdad, por el contrario, ese traslado de*

régimen de ahorro individual le ha ocasionado un perjuicio económico, el cual se verá en el momento en que empiece a recibir su pensión, toda vez que ésta no va a ser superior a la que obtendría en COLPENSIONES, tal como erradamente se lo manifestó la Asesora Comercial de PORVENIR, sino que por el contrario va a ser significativamente inferior, aproximadamente la mitad o menor de la que podría obtener en el régimen de prima media, por lo tanto, es evidente el perjuicio de orden económico que se originó por una decisión que fue tomada con base en una asesoría deficiente por cuanto no se suministró toda la información que se debía haber dado a la afiliada...”; es decir, que no se le brindó una debida asesoría, ya que no se le puso de presente las características, condiciones, beneficios y diferencias de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias del cambio o traslado de régimen pensional; por tanto la información no fue transparente, clara, cierta, comprensible y oportuna, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en distintos fallos; que la deficiente y errada asesoría por parte de la AFP llevó a la actora a tomar una decisión equivocada, la cual nunca hubiera tomado de hacer conocido toda la verdad sobre las consecuencias que traía el traslado.

Precisa que, mediante comunicaciones de 6 de septiembre de 2019, solicitó a las accionadas el traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad donde se encuentra afiliada con Porvenir S.A., al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, siendo negado el pedimento, alegando la primera de las entidades mencionadas que realizó una debida asesoría, que se ratifica con la suscripción de formulario; aunado a que señala hechos que no son ciertos pues afirma un traslado a la AFP Horizonte el cual nunca se llevó a cabo, dado que la afiliación fue directamente con Porvenir S.A., así como de una solicitud presentada el 10 de septiembre cuando la efectuada fue el 6 de septiembre, lo que demuestra *“...la forma tan desorganizada en que PORVENIR S.A. maneja el tema de las afiliaciones al fondo de pensiones que ella*

administra, lo cual genera muchas dudas respecto de lo calificados o preparados que son sus asesores...” (fls. 50 a 55 PDF 01).

La demanda fue repartida al **Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá– Cundinamarca**, el 28 de noviembre de 2019 (fl. 56 PDF 01); autoridad judicial que la admitió con auto de 1° de julio de 2020, disponiéndose la notificación a la parte demandada en los términos allí indicado, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo previsto en el artículo 612 del CGP (fls. 59 y 60 PDF 01).

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó con oposición a las pretensiones toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso la parte accionante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no precedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual reza “*...Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen*

cuándo le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”.

En el capítulo de RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO, sostiene que las pretensiones de la accionante no están llamadas a prosperar, especialmente lo relacionado a que Colpensiones acepte la vinculación del demandante, al sistema de seguridad social de prima media con prestación definida, dado que aquella no es beneficiaria del régimen de transición, y no cumplía con el requisito de la 750 semanas de cotizaciones o los 15 años de tiempo de servicios, *“...razón por lo cual no es de recibo que pretenda regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como así lo solicita...”*; aunado a que para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorno, el 6 de septiembre de 2019, la actora contaba con 54 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 aquel no hizo uso de los derechos de los afilados, ya que 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; y 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, el demandante contaba con 29 años de edad y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicios para querer regresar al RPM en cualquier tiempo; reiterando que la accionante no reúne los requisitos legales para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

También considera que no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del C.C., que establece que es nulo todo acto o contrato al

que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento, pues conforme el artículo 1750 ídem, tenía un plazo de cuatro (4) años, vale decir hasta el 2011, 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 mérito o fondo que denominó: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, 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” (archivo 01, PDF 04ContestaciónColpensiones)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, dio respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones, sostiene que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS en *“...toda vez que se le realizó la respectiva asesoría, en la cual se le informó de manera clara, precisa y veraz, las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, como las implicaciones de su decisión y el estudio individual de su afiliación de manera que no existieron vicios en el consentimiento, como se evidencia en los diferentes documentos que reposan en el expediente de la parte actora en la AFP Porvenir, como relación histórica de movimientos, formulario de afiliación, historia laboral, solicitud de bono pensional en los cuales no se muestra inconformidad alguna*

por pertenecer al Régimen de Ahorro Individual sino al contrario, la voluntad de permanecer en el...”.

Precisa que, tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto señala que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación al Sistema de Seguridad Social o que impidan dicho derecho, es decir, se refiere dicha ineficacia a situaciones o actuaciones dolosas, la cuales ni se alegan ni se acreditan en esta demanda respecto de la afiliación de la parte demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad del sistema de seguridad social en pensiones; y que en todo caso, aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Manifiesta que, al no proceder la nulidad ni la ineficacia del traslado, no deriva la devolución de los aportes ni rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin embargo, en caso de condenar a la AFP a realizar la devolución de los gastos de administración no da lugar a ser trasladados, por cuanto fueron causados de tracto sucesivo, al administrar la cuenta de ahorro individual de cada afiliado; y se configura un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, pues en forma 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 el cambio de régimen, esto es “...el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende, no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado; que ello sería “...tanto como

ordenarle a una compañía de seguros a que, si no se presenta el siniestro amparado, reintegre el valor de la póliza...”

Reiteró en el acápite de HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, que *“...La afiliación de la parte demandante con la AFP PORVENIR, fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación -documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, sin que se pueda obviar las calidades personales de la demandante al momento de realizar la afiliación, lo que le permitía sin lugar a dudas conocer y comprender las consecuencias de su elección.- La parte actora manifestó al suscribir el formulario de afiliación con Porvenir S.A ser consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado, incluyendo aspectos relativos a bonos pensionales, así como su derecho de retracto; lo que sin duda constituye una ratificación del acto de traslado de régimen de pensiones.- Mi representada, siempre le garantizó el derecho de retracto, como lo dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, también el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 reglamentado por el Decreto 33800 del mismo año, ya que mi representada el 14 de enero de 2004, publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003.- Llama la atención el hecho de que en la presente demanda la parte demandante solicite la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual y se interponga solamente después de que la parte demandante presenta una solicitud en el año 2019 para retornar al régimen de prima media, solicitud que se rechaza en aplicación de la restricción de traslado a que se refiere el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993; es decir pasaron más de 12 años desde la afiliación de la parte demandante a Porvenir S.A., durante los cuales aquella pagó aportes y no manifestó inconformidad alguna con la*

decisión que adoptó; pero solo después de haber sido informado de la improcedencia de su solicitud de traslado, radicada en 2019, la parte demandante alega una supuesta nulidad de la decisión que adoptó en 2007.- La parte demandante no era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. ... La AFP PORVENIR cumplió con todas las obligaciones respecto al deber de información conforme a lo señalado en la Circular Externa 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia y sucesivas sobre el particular. -...ha obrado siempre con la más absoluta buena fe y conforme a lo dispuesto en las normas vigentes tanto para el momento de la filiación como las actualmente en vigor, buena fe que se presume en los términos establecidos por el artículo 83 de la Constitución Política...”.

En su defensa, formuló los medios exceptivos de fondo o mérito denominados: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, “Genérica” (fls. 2 a 25 archivo 07, PDF 05Contestación Porvenir).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá- Cundinamarca, mediante sentencia del 20 de octubre de 2022, decidió:

*“(...) **Primero: DECLARAR** la ineficacia del traslado del régimen pensional que efectuó la señora OLGA YANETH ORTIZ MANRIQUE el 30 de marzo de 2007 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Régimen de Prima Media administrado hoy en día por la entidad COLPENSIONES.*

***Segundo: CONDENAR** a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por OLGA YANETH ORTIZ MANRIQUE y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, el porcentaje por gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la demandante permaneció en el RAIS. Al momento de cumplirse esta orden, los*

conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifiquen.

Tercero: CONDENAR a COLPENSIONES a que una vez la AFP PORVENIR, cumpla lo anterior, reciba los dineros, convalide la historia laboral de aportes en favor de OLGA YANETH ORTIZ MANRIQUE y active su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad.

Cuarto: DECLARAR infundadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Quinto CONDENAR en costas de esta instancia a las demandadas por partes iguales en 50% a cada una de ellas, incluyéndose como agencias en derecho la suma de \$6.000.000. Líquidense por la secretaria en su oportunidad.

Sexto: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE la misma conforme al Artículo 69 del C.P.L., por ser adversa a la entidad estatal COLPENSIONES

Séptimo: Cumplido todo lo anterior y previo las constancias de rigor, ARCHIVESE definitivamente el expediente digital, para lo cual como se dice se dejarán las constancias de rigor..." (Audio y acta de audiencia, archivos 1 y 2, PDF 41).

III. RECURSOS DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las entidades demandadas, formularon y sustentaron los recursos de apelación, en los siguientes términos:

El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al concedérsele el uso de la palabra, sostuvo:

"(...) Gracias su Señoría. De manera respetuosa presento recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho, teniendo en cuenta los siguientes aspectos a valorar:

El primero de ellos, es que este apoderado muy respetuosamente pues se aparta de las consideraciones del fallador de primera instancia que declara pues una ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que como se manifestó en la contestación de la demanda, pues es una norma que nos habla de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador, y que en ningún momento pues mi representada le impidió o atentó contra el mismo, lo que hizo fue brindarle una alternativa diferente y la demandante pues, haciendo uso de esa libertad y escogencia otorgada por la ley, escoge pues a mí representada para que administre sus aportes pensionales.

El fallador de primera instancia manifiesta que, dentro del expediente pues no existen pruebas suficientes para demostrar la información que se entregó para el año 2007 por parte de mi representada. Al respecto me permito manifestar que ese formulario de afiliación aportado, al expediente pues no puede restársele valor probatorio y mucho menos desconocerlo, ya que la Ley 100, en su artículo 114, esta misma establece que cuando se genere pues un cambio de régimen pensional, este se debe hacer por escrito con la manifestación que se hace en forma libre y voluntaria, tal como lo hizo pues mi representada y por cumplir con la ley, pues no debería ser condenada.

Nótese Honorables Magistrados que no existe únicamente este formulario de afiliación y que pues ya la Corte nos ha establecido efectivamente que es un contrato pre impreso, que solamente indica que se hace libre y voluntaria el traslado; sin embargo, pues si detallamos el formulario firmado por la aquí demandante, documento público y auténtico que no fue tachado de falso, debemos verificar que también indica que conoce la implicación de su decisión de haberse trasladado de régimen pensional, conoce acerca del derecho de retracto, y que la demandante conoce acerca de los bonos pensionales del régimen de transición, entonces no podemos indicar que todos los formularios de afiliación pues son exactamente iguales, sino que existen muchos de ellos donde se indica y se genera un estudio particularizado del caso como este, donde se manifiesta claramente el salario devengado por la aquí demandante, sus datos personales, cuanto tiempo permaneció cotizando en el RPM, si tiene o no derecho a un bono pensional y muchas particularidades que se destacaron por el fallador de primera instancia.

No solamente existe este documento como prueba, sino el hecho que la demandante haya permitido el descuento con destino en el fondo privado que represento, durante más de 15 años, sin que generara algún tipo de queja o reclamo, sino hasta que estuvo o está cerca a generar una prestación económica pensional; todos estos documentos y todas estas pruebas pues no son suficientes para demostrar la información entregada y pues el fallador de primera instancia no nos indica entonces cual es el documento que se les exige a las administradoras, en este caso a Porvenir, ni en que norma se encuentra escrita para demostrar la validez de esas afiliaciones mencionadas, distintas pues a la prueba aportada como lo es o era el famoso formulario; ya que no podemos traer a un asesor comercial que hace más de 15 años generó una asesoría y mucho menos podemos fabricar una prueba como si lo hacen muchos de los demandantes que solamente tienen que generar unas declaraciones indefinidas y confirmarlas en un interrogatorio de parte y toda la carga procesal probatoria en este momento pues recae sobre las administradoras que no tienen esa prueba que se les exige, debido a que ni siquiera se les informa cual es esa prueba exigida para el momento de la afiliación y traerla a los expedientes.

Por lo tanto, todos esos casos de nulidades e ineficacia, Honorables Magistrados, que recaen y salgan avante las pretensiones, que reitero no generan ningún tipo de carga procesal y probatoria justa con mi representada. También es importante ver, que esta demandante pues se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en la Ley 797 de 2003 y esta norma pues fue sometida a un control previo de constitucionalidad, y conforme a la sentencia C-624 de 2004 que fue declarada exequible previendo aspectos de interés general por encima del particular con la protección al Sistema General de Pensiones y con la protección a la descapitalización del Régimen de Prima Media y con un principio además de la estabilidad financiera en el RAIS; por lo que tampoco es dable que la demandante se excuse en una supuesta falta de información, únicamente por que su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones o porque para el año 2007 el asesor de mi representada no le dijo exactamente cuál era el monto pensional que tendría 15 años después.

Es importante ver como el fallador de primera instancia no solo genera una condena al retomar la cuenta individual y/o rendimientos, sino además uno gastos de administración; al respecto es preciso mencionar que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 indica que también el RPM destinará en un 3% de la cotización a financiar estos mismos gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia; y es que estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, es decir no es un nuevo emolumento que le corresponda a esta afiliada en ninguno de los dos regímenes pensionales y aunque se declarara no probada la excepción de prescripción, si verificamos la naturaleza de esos gastos de administración encontramos que si le cabe ese término trienal de prescripción ya que son dineros de tracto sucesivo y son cobrados como contraprestación a la buena labor que hizo mi representada; nótese Honorables Magistrados, la cantidad de rendimientos que generó mi representada en la cuenta de ahorro individual de la demandante durante más de 15 años y en este caso se está desconociendo el principio de las restituciones mutuas y se está desconociendo que además mi representada generó una labor de administración; también se está desconociendo que la prima previsional de seguros debidamente cobrados, no se pueden entregar debido a que son dineros que fueron descontados y cubrieron una garantía y una póliza, entonces no es posible que mi representada actualmente tenga que reintegrar esos dineros y mucho menos con dineros de su propio patrimonio, debido a que siempre cumplió y ha cumplido con su deber legal de información pero que no tiene un documento adicional al formulario de afiliación que aportar al expediente como en el caso que nos ocupa.

Es importante verificar que si se generan esos dineros es lo mismo que generar un enriquecimiento sin causa o cohonestar con el demandado (sic) que en ningún momento generó la buena administración que si

hizo mi representada. También Honorables Magistrados en esta sentencia se ordena reintegrar no solo de su propio patrimonio, sino además de manera indexada, pues en este caso se está generando una doble condena por el mismo concepto porque si se generaron unos rendimientos financieros que fueron dineros actuales que son dineros pues a la fecha, pues no se puede entonces generar una entrega de dineros también de manera indexada ya que eso genera una actualización de la moneda y se estaría generando una doble condena por el mismo concepto.

Así las cosas, solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados, revocar la sentencia en cita y absolver a mi representada en cada uno de los cargos. Listo su Señoría, muchas gracias...”.

La vocera judicial de la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, señaló:

“(...) Gracias señor Juez, de manera respetuosa, estando dentro de la oportunidad pertinente, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho para que el Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca en su Sala Laboral revoque la anterior y en su lugar se absuelva a mi representada Colpensiones, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante, conforme los siguientes argumentos:

No debe declararse la ineficacia del traslado del RPM al RAIS ni declarar válidamente la afiliación a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de la demandante, en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido, sino que produjo efectos jurídicos tanto que la demandante efectuó aportes al fondo privado, adquiriendo obligaciones por lo que no es posible derivar obligaciones en este momento a cargo de mi representada.

Ahora bien, no se puede manifestar la demandante, pues ya cuando tiene la edad de pensión requerida en el RPM que fue engañada o que no le brindaron la suficiente información, cuando uno de sus deberes es informarse adecuadamente que producto adquirió o está adquiriendo -Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4°, hubo falta de interés, poca interacción o negligencia por parte de la demandante en toda su vida pensional-.

No se puede condenar a mi representada a recibir los aportes realizados por la demandante durante tantos años, y querer disfrutar una pensión de vejez manifestando que es más beneficiosa esta pensión en el RPM a una persona que no ha ayudado a contribuir con el fondo común de pensiones; esto conlleva a la descapitalización del sistema pensional que fue objeto de pronunciamiento por la Corte

Constitucional en sentencias C-1024 de 2004, C-062 de 2010, además se estaría premiando el desconocimiento de la ley que se alega en este tipo de procesos.

Solicito respetuosamente al Honorable Tribunal, en caso de confirmar esta sentencia que sea exonerada de costas, que sean revocadas las costas impuestas y que no sea condenada en la segunda instancia a la condena en costas a mi representada, toda vez que mi representada es un tercero de buena fe, aplicando la normatividad vigente para el caso concreto, pues no podía dar traslado de régimen a la actora, toda vez que se encuentra en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; pues en la actualidad la demandante ya cuenta con 57 años, por lo que Colpensiones no puede reconocer o aceptar el traslado de la demandante por esta prohibición contemplada en la ley, entonces solicito respetuosamente, que sea revocada la condena en costas porque pues ha actuado de buena fe y aplicando la normatividad vigente.

Ahora bien, en caso de confirmar, solicitó también al Tribunal Superior de Cundinamarca, respetuosamente, que sea ordenado reintegrar la totalidad de cotizaciones por parte de la AFP conforme las sentencias SL del 8 de septiembre de 2008, radicado 31989; SL 17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL 1421 de 2019, radicado 56174.

Por lo anterior, solicito a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca –Sala Laboral, que sean considerados estos argumentos y en consecuencia sea revocada en su integridad la sentencia proferida por este juzgado; en caso contrario, pues que si decide confirmarla, que sea revocada la condena en costas impuestas en esta primera instancia y que no sea condenada en una segunda instancia en la condena en costas. En estos términos dejo sustentado el recurso, que lo ampliaré una vez me corran traslado, bajo estos argumentos ya mencionados. ...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 19 y 20).

El juez de conocimiento concedió los recursos presentados por las entidades demandadas. 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 las sociedades demandadas, presentaron sendos escritos contentivos de las alegaciones.

La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones:

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia; 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 demanda (sic) 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...”*; y que *“...sea revocada la condena en costas y que no sea condenada en esta instancia a mi representada, toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entro dos partes ajenas a COLPENSIONES...”*; para lo cual, menciona:

“(...) DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN DE COLPENSIONES

Se resumen en 5 las razones de la apelación planteada, los cuales se reiteran en esta oportunidad, argumentos que no fueron tenidos en cuenta por el fallador de instancia, aplicando de manera objetiva el actual criterio de la H. Corte Suprema de Justicia, sin mirar a fondo las circunstancias del caso en concreto, tesis estas que se sintetizan de la siguiente manera:

Consideración preliminar.

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 primer traslado del régimen se hizo con **PORVENIR S.A.** en marzo de 2007, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de **marzo de 2011**.*

Debe igualmente el despacho tener en cuenta que existió ratificación expresa o tácita que sana el presunto vicio del contrato y, en el presente asunto el 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 autorizo el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que el DEMANDANTE durante todo este tiempo (diligenciamiento del formulario de cambio de régimen hasta la fecha de presentación de la demanda), ha consentido en que se le hagan los descuentos respetivos con destino al ahorro individual.

- III. **Respecto a la carga de la prueba:** En el presente caso no existe prueba que ermita acredita si existió o no algún vicio del*

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

En el presente caso se torna imposible probar hechos ocurridos en el año 2.007, hace más de 15 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 el año 2007.

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 del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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

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

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretende sea revocada en su integridad la sentencia recurrida, en su lugar absolverla de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; para lo cual, luego de señalar los antecedentes, sostuvo::

“(...) II. RAZONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS

*Conforme el numeral 1° del artículo 13 del Decreto Legislativo 2213 de 2022, presento los alegatos correspondientes, con el fin de solicitar al Despacho, **REVOCAR** en su integridad la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Segundo (02) Civil del Circuito de Fusagasugá, en los siguientes términos:*

No le asiste razón al fallador de Primera Instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

Esta norma, claramente prevé que cuando existe: a) objeto o causa ilícita; b) omisión de alguno de los requisitos que prescriben las leyes para el valor de estos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; c) cuando lo celebra una persona absolutamente incapaz, el negocio jurídico o el contrato está viciado de nulidad absoluta. Advierte esta misma disposición que, cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa.

De igual forma, el artículo 1508, expresa cuáles son los vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo y en los artículos subsiguientes, se explican que se puede presentar; a) error en la naturaleza del acto o negocio jurídico; b) sobre la identidad del objeto; c) en la calidad del objeto; d) o error en la persona. Así también, el artículo 1513, explica las nociones de fuerza, el 1515 del dolo, el 1517, del objeto ilícito, y el 1524 de la causa ilícita.

De otra parte, si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y subsiguientes, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a lo expuesto, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones - artículo 271 de la Ley 100 de 1993 -, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Finalmente, con relación a la figura jurídica de la ineficacia, debe mencionarse que, el artículo 899 Código del Comercio, también enseña que, el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u

objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, norma que tampoco aplica en este asunto.

Dicho esto, preciso es mencionar que, en este asunto NINGUNO DE ESTOS PRESUPUESTOS LEGALES, SE ALEGARON NI MENOS RESULTARON DEMOSTRADOS EN EL PROCESO, pues obligatorio es mencionar que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Ahora, como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciada por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado. Adicionalmente, no se puede desconocer que Porvenir S.A siempre le garantizó el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3º del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

En el presente asunto, la parte demandante realizó cambio de régimen de forma libre y voluntaria, en el cual se le brindó una información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación. Aduce el fallador de primer grado que, mi representada, no allegó pruebas del cumplimiento de sus deberes para con la parte actora al momento de la vinculación, esto es entregar información, completa, veraz y oportuna, tal inferencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuanto mi representada en de manera palmaria, cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a mi representada producto de na decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se reitera es un documento que se presume autentico, sino se insiste, con la conducta del afiliado, en el régimen de ahorro individual y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en

conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

*Entonces, es un hecho objetivamente demostrable que durante el tiempo de vinculación, la parte actora permitió el descuento del aporte con destino al fondo privado que represento, conductas que bajo la línea que ha trazado la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, deben considerarse como “**la verificación de la voluntad del afiliado**”, pues si bien así lo ha venido explicando referido al análisis que debe hacer el juez para determinar si el afiliado desea seguir cotizando el sistema de seguridad social integral en pensiones, para así establecer la fecha desafiliación del sistema, también lo es que, nada impide y por el contrario obliga al fallador a que, con el mismo análisis crítico y razonable de la conducta de los afiliados, se concluya sobre su voluntad inequívoca de permanecer en uno u otro régimen pensional. Se cita solo a título de ejemplo la sentencia con Rad. 47236 del 06 de abril de 2016.*

Vale mencionar que, jurídicamente no es viable imponerle cargas distintas a mi representada, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo que represento, ya que para cuando se celebró el acto jurídico de vinculación, no solo el afiliado para ese momento era jurídicamente capaz, sino que además, el citado acto contiene objeto y causa lícita, y ahora por cuenta de interpretaciones y el alcance que se hace de algunas normas, se desconocen instituciones primarias de un estado social de Derecho como son la validez y los efectos de los actos jurídicos. Forzoso resulta recabar, que de lo expuesto por la parte actora se debe colegir que el afiliado recibió información suficiente y que nunca se preocupó por conocer aspectos para él relevantes que, ahora echa de menos, pese a los diferentes canales de atención con que contaba PORVENIR S.A., lo que denota negligencia de su parte y que ahora pretende sanear a través del proceso que adelanta en contra de mi representada, con el argumento de que no se le dio la información necesaria.

Sin realizar el análisis en conjunto y crítico de estas pruebas como lo ordena el artículo 60 del CPT y SS, el juzgador de primera instancia declaró la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, sin consideración a las normas antes referidas del ordenamiento civil, relacionadas con la validez de los negocios jurídicos -a las cuales debemos acudir por ausencia de reglas legales en materia laboral-, desconocimiento que, «Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales», como lo señala el artículo 1602 del Código Civil y, están llamados a producir consecuencias respecto de quienes los celebran, reglas básicas de la teoría de las obligaciones.

Otro aspecto de la mayor relevancia es que, no se puede confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta, como de manera general se hace, en la medida que: “Bajo el concepto de ineficacia en sentido amplio suelen agruparse diferentes reacciones del ordenamiento respecto de ciertas manifestaciones de la voluntad defectuosas u obstaculizadas por diferentes causas. Dicha categoría general comprende entonces fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad.”

Luego, “la ineficacia en sentido estricto se presenta en aquellos casos en los cuales la ley, por razones de diferente naturaleza, ha previsto que el acto no debe producir efectos de ninguna naturaleza sin que sea necesario la existencia de una declaración judicial en ese sentido”.

Ahora, en el hipotético remoto de considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, no puede olvidarse que, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es “el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)”, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma. Y es que, en virtud del artículo 1746, la regla general de la nulidad judicialmente pronunciada es que da a las partes el derecho a ser restituidas las cosas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones o pautas”.

*Si el negocio ha sido cumplido, total o parcialmente, por una de las partes o por ambas, la situación se retrotrae al estado en que las partes estarían de no haber celebrado el negocio. **Es en esta circunstancia donde tienen cabida las restituciones de que trata el artículo 746, que después de consagrar la regla general según la cual la nulidad judicialmente pronunciada da a las partes derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato nulo, establece una serie de excepciones y pautas.** (negrillas fuera de texto)*

Entre las excepciones, se encuentra lo concerniente al objeto o causa ilícita, casos en los cuales no es posible repetir lo que se haya dado o pagado a sabiendas de la ilicitud (1525); como tampoco lo que se haya dado o pagado al incapaz, salvo prueba de haberse hecho este más rico (1747). Tampoco hay lugar a la restitución material del bien cuando ello no sea posible por motivos de utilidad pública o interés social, casos en los cuales se dará una reivindicación ficta o compensatoria (artículo 58 de la Constitución Política).

En cuanto a las pautas que da el Catorce inciso del artículo 1746, está lo relativo a la posesión de buena o mala fe de las partes, tanto para las restituciones mutuas como para la conservación o devolución de

frutos, intereses y mejoras, “según las reglas generales”, que son las que establece el artículo 961 y siguientes del Código Civil.

Aunque la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva pudiera tener alguna utilidad en un contexto extrajurídico, por ser una cuestión de definición, no puede negarse que al fin de cuentas todo hecho con relevancia jurídica que se origina en una acción humana voluntaria parte de la interioridad del sujeto y tiene que manifestarse en un signo externo interpretable a partir de criterios jurídicos, de otro modo no tendría relevancia para el derecho. De ahí que todo instituto jurídico en el que la buena fe juegue un papel preponderante se concreta finalmente en una buena fe objetivada, es decir normativamente analizable.”

En consecuencia, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otra valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico celebrado entre la parte demandante y mi representada como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza.

Con relación estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto con radicación No. 20191522169-003-000 del 17 de enero de 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son: los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la Prima de Seguro Provisional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración.

En este orden de ideas, los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional; luego, si están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, y así deberá declararse.

Un argumento de la mayor relevancia para no acceder a las pretensiones de la parte demandante, es lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, al estudiar la exequibilidad de la Ley 797 de 2003, en cuanto a que “(...) el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma

acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidos en consideración en la realización del cálculo actuarial 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, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizaciones”.

*Finalmente, y en buena hora, el H. Magistrado de la H. Corte Suprema de Justicia, Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, en la sentencia de tutela Rad. 5912 del 13 de mayo del año en curso, en su salvamento de voto, expresó que no procede declarar en forma automática la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado, pues siempre es necesario que se analice en cada caso la situación particular del afiliado. Al respecto indicó: “2. Tampoco considero que pueda accederse de manera indiscriminada a todas las pretensiones de nulidad o ineficacia de traslado, con fundamento en la falta de información alegada por la demandante, porque estimo que es necesario revisar en cada caso en particular, con las singularidades que cada uno tiene, tal como se ha precisado en las sentencias de casación que han tratado el asunto, y no se puede generalizar con el argumento de que <<sin importar si se tiene uno un derecho consolidado, si se tiene uno un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico considerado en sí mismo. Esto es, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto>>, **“hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud, se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza del afiliado de traslado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.”** Negrillas fuera de texto.*

Por las anteriores consideraciones, respetuosamente se solicita al H. Tribunal, Sala Laboral, analizar las circunstancias particulares de este proceso que exhiben con suficiencia que en el acto jurídico celebrado entre las partes no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco, la ineficacia del acto jurídico por el argumento jurisprudencial de la falta del consentimiento informado, como quiera que mi representada cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación, el cual se reitera se trata de un documento público que se presume auténtico, además que no fue tachado ni desconocido en los términos previstos en la ley, sumado a lo expuesto por la parte actora, en diferentes actos ejecutados por la parte

demandante, pruebas que analizadas en conjunto y de manera crítica, sin duda exhiben el tan mentado consentimiento informado, más allá del momento mismo del traslado, inclusive.

*Respecto a la condena impuesta relativa al pago de las sumas ordenadas devolver de manera indexada, me permito resaltar al Despacho que la misma es **improcedente** de acuerdo con lo mencionado en la sentencia C- 00161 de fecha 13 de mayo del 2010, Magistrado Ponente - Edgardo Villamil Portilla, en donde señala que la indexación consiste en:*

“La actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la ley 446 de 1998”

*Adicionalmente a través de la SL 9316 de fecha 29 de junio de 2016, se precisó que la indexación: (...) “es la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía”; luego, como quiera que, dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFPS, se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, resulta **incongruente** ordenar la indexación de los valores a trasladar como quiera que, JAMÁS los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no vieron afectados por la devaluación o inflación de la economía y por contrario, PORVENIR S.A., con su administración le garantizó rendimiento a los mínimos establecidos en la ley para el RAIS y MUY SUPERIORES a los que le hubiera generado el RPMPD.*

De manera que, al ordenar la devolución de los rendimientos financieros, se incluyen los frutos e intereses que obtuvo a AFP de los dineros recibidos como consecuencia de la afiliación del demandante, lo que sin duda debe descartar la indexación como acertadamente lo entendió el Tribunal Superior de Cundinamarca en sentencia de fecha 21 de junio de 2022 dentro Proceso Ordinario Laboral promovido por FELISA LEÓN POVEDA con Radicación No. 25899-31-05-002-2021-00111-01 y el Tribunal Superior de Cali - Sala Laboral Proceso Ordinario Laboral promovido por EDILSON RICARDO REGALADO GONZALEZ con radicación No. 76001-31-05-012-2022-00234-01, en sentencia del 25 de julio de 2022 – entre otros-, en el sentido de precisar que, con el traslado de los rendimientos financieros de los aportes recibidos, se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiere haberse generando en los emolumentos a retornar...” (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 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 el juez, o, por el contrario, no hay lugar al mismo debiendo absolverse a las demandadas de las súplicas de la demanda como lo alegan las recurrentes; y de considerarse que, si hay lugar a la ineficacia del traslado, si resulta procedente o no, ordenar trasladar los rendimientos financieros, los gastos de administración y primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados; así mismo si procede la condena en costas en contra de Colpensiones.

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 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.

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 2007, 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 a la 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, 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 citadas líneas atrás, 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, contrario a lo considerado por Porvenir S.A., para tener por acreditado el deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones, pues dicho consentimiento necesariamente debe ser informado. Respecto al tema, la sentencia SL19447 de 2017 señaló “...al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario...”; criterio que se reiteró en las sentencias SL1452, SL1688 y SL1689 de 2019, en las que se agregó “...la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos

de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado...” (SL357-2022 Rad. 85723).

Debe indicarse que en este sentido, el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se viene edificando desde el mes de septiembre de 2008, distinguiéndose, entre otras en la estructuración de su criterio, el cual ya fue sustentado las sentencias de casación: 31989 y 31314 del 8 de septiembre de 2008; 33083 de 2011; SL12136-2014, radicado 46292; SL413-2018, radicado 52.704; SL361-2019, radicado 63.615; SL1688-2019, radicado 68.838; SL4875-2020, radicado 85.325; SL4680-2020, radicado 84.741; SL373-2021, radicado 84.475; SL3168-2021, radicado 87.797; SL3871-2021, radicado 88.720; SL1217-2021, radicado 85.054 y más recientemente, este año, las sentencias SL755-2022, radicado 90.519; SL756-2022, radicado 90.558 y SL800-2022, radicado 86.452.

Bajo ese panorama, al ser indudable el deber de las administradoras de fondos de pensiones, desde su creación, de brindar un consentimiento informado a los usuarios del sistema antes de que estos acepten el servicio ofertado, mediante un procedimiento que garantice la comprensión de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al nuevo régimen, no es posible acoger la tesis de 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 a la afiliado una ilustración suficiente, completa, clara y comprensible para que aquella 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, contrario a lo sostenido por Porvenir S.A.

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 a la accionante al momento del traslado, se está en presencia de una negación indefinida que traslada la carga de probar positivamente a la AFP. Al respecto en sentencia SL 1688-2019, Radicación 68.838, proferida con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, acotó lo siguiente:

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

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

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

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo...”.

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

Bajo ese contexto, en el presente asunto, se advierte que la aquí demandante nació el 22 de octubre de 1964 como se advierte de su cédula de ciudadanía (fl. 4 PDF 01); que el 8 de marzo de 1985, se afilió al régimen de prima media conforme el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones actualizado a 4 de junio de 2019 (fls. 5 a 13 PDF 01); que laboró en la Contraloría de Cundinamarca entre el 25 de noviembre de 1987 al 25 de enero de 1993, efectuando aportes a Caprecundi, como se desprende de la Certificación de periodos de vinculación para Pensiones y Bonos Pensionales (fls. 14 a 19 PDF 01); que se afilió a PORVENIR S.A. el 30 de marzo de 2007, según formato de SOLICITUD DE VINCULACION O TRASLADO de la citada administradora, que aparece en el expediente (fls. 20 PDF 01 y 67 PDF 07); 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:

“...De manera que la AFP receptora, en este caso PORVENIR le incumbía acreditar que cumplió con el deber de asesorar de manera integral a quienes tienen la intención de ser sus nuevos afiliados, tal asesoramiento debe comprender todas las etapas del proceso desde antes de la afiliación ante la definición de las condiciones para el disfrute pensional, tal y como lo indicó la sala de casación laboral en la

sentencia del 9 de septiembre del año 2008, al interpretar que las AFP deben proporcionar información completa y entendible a la medida de la simetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materia de alta complejidad.

De manera que, parafraseando la jurisprudencia arriba señalada, la intervención de los asesores y la firma del formulario de afiliación no constituyen una prueba concreta de la asesoría que el citado fondo debió suministrar al demandante de donde se impone colegir que el traslado no estuvo precedido de un consentimiento bien informado y por tanto deviene ineficaz.

En providencia, SL3199 DE 2021, la sala de casación laboral considero lo siguiente: “como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Debe advertirse aquí también lo que indicó esa misma sala de casación de la CSJ, en el fallo 2929 del año 2022, donde dijo lo siguiente: “...finalmente la corte indicó que el deber de las AFP es suministrar a sus potenciales afiliados una información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, eso ha existido desde la creación del sistema de seguridad social integral en 1993...”

Entonces, como corolario de lo antes discurrido se habrá de declarar la ineficacia del traslado efectuado el 30 de marzo del año 2007 y se condenará a Porvenir a trasladar a Colpensiones junto con los recursos obrantes en la cuenta de ahorro individual los bonos pensionales, las comisiones, y los gastos de administración cobrados, de la actora, que deberán ser indexados, así como los valores utilizados en seguros provisionales, y la garantía de pensión mínima que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos; lo anterior, en la medida que la declaratoria de ineficacia conlleva que el ARPM reciba los recursos por aportes del afiliado como si el acto de traslado nunca hubiese existido. Se ordenará entonces a Colpensiones para que una vez Porvenir cumpla con lo anterior, reciba los dineros, convalide la historia laboral de aportes de la actora y active la afiliación del régimen de prima media, sin solución de continuidad...”

En ese orden, observa la Sala que, no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral, de carácter vinculante, 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 a la demandante, antes de trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 30 de marzo de 2007, hubiese recibido información **clara, cierta, comprensible, oportuna y, 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 TRASLADO No. 02812797, en el que aparece la firma de la actora en el aparte denominado “...FIRMA DE ACEPTACIÓN DEL EMPLEADO...”, con un texto pre impreso (poco legible) en el acápite VOLUNTAD DE AFILIACION PENSIONES OBLIGATORIAS, que dice: “...*Reitero que he sido asesorado suficientemente acerca del significado e implicaciones del régimen de transición del cual soy beneficiario y que de permanecer en el Régimen de Prima Media administrado por el ISS, podría acceder a la pensión de vejez en condiciones especiales. Siendo consciente de ello hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, haciendo sido asesorado además sobre todos los aspectos propios de mismo, particularmente sobre la pérdida del régimen de transición, sobre los bonos pensionales y la forma de financiación de las pensiones y sobre los requisitos vigentes para acceder a las pensiones en este Régimen. Igualmente, declaro que selecciono a Porvenir para que se la única que administre mis aportes pensionales, habiendo sido informado también en forma ... del derecho que me asiste de retractarme de mi decisión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud. Declaro que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos y, en consecuencia, autorizo expresa e irrevocablemente a Porvenir para que verifique la exactitud y veracidad de la información ...*” (fls. 20 PDF 01 y 67 PDF 07).

Al respecto, nuevamente se reitera, la circunstancia que la demandante hubiere firmado el formulario pre-impreso de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y que en éste aparezca lo referente a que la afiliada fue asesorada, recibió la información sobre todos los aspectos propios del RAIS, la forma de financiación de las pensiones en el régimen de ahorro individual, etc.; 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 otras 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 actora para el momento de la suscripción del formulario de traslado el 30 de marzo de 2007 se le hubiere suministrado la información necesaria y suficiente para tomar esa decisión, pese a que así se indique en el referido formulario, pues no se cuenta con confesión de la actora en ese sentido; o que por el hecho de haber efectuado los aportes respectivos, ratificaba su voluntad de

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.

permanencia en el fondo, como lo señalan los recurrentes, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia, tal situación “...no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún 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 ésta 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 ésta manifestó que “...estando yo en mi lugar de trabajo que era atención al cliente en ese momento, en uno de esos intervalos llegó la asesora de Porvenir y me dio la información donde ella me explicaba que eran

mucho mejor las condiciones en Porvenir que en Colpensiones y dentro de mi sitio de trabajo, me hizo firmar el formulario....”, que esas mejores condiciones que le indicaron fue “...el tiempo en que me iba a pensionar era anticipado y que el monto con que yo iba a quedar era superior al que me pensionaria si me quedaba con Colpensiones....”; le dijo que su aportes “...eran individuales pero no, pues así no más, me dijo que era mi ahorro...”; pero que no se le indicó que la pensión dependía de lo que ahorrara, ni que sus cotizaciones le generaban rendimientos, que podía realizar aportes voluntarios, ni qué pasaría con sus cotizaciones si llegara a fallecer, tampoco que existían varias modalidades de pensión, ni cuales eran, o que sucedería en el evento que no reuniera los requisitos para pensionarse, ni tampoco que no se podía cambiar de régimen faltándole 10 años o menos para cumplir su edad de pensión; que la asesora estuvo “...yo creo que cosa de 10 minutos porque tenía que seguir atendiendo público, más o menos....” que no le realizó preguntas a la asesora “...no simplemente lo que ella me iba explicando y como estaba en mi tiempo de trabajo, el tiempo era muy corto porque habían usuarios pendientes de atender, entonces el tiempo era bastante restringido...”, ni leyó el formulario “...porque eso es una letra muy menuda y no tenía el tiempo para leer todo ese formulario, solo lo que ella me indicaba que decía ahí...”.

También refirió que “...yo labore en la empresa de Energía de Cundinamarca, esa empresa fue comprada por Codensa, hoy en día Enel, en el momento en que se fusionaron iba quedar desaparecida la Empresa de Energía de Cundinamarca y solo quedaba Codensa, a varios de los trabajadores antiguos nos ofrecieron un plan de acuerdo a lo que nosotros veníamos recibiendo al año, entonces ese plan era por la antigüedad, la edad que teníamos, entonces yo consideré que ya había cumplido mi ciclo, me ofrecieron determinada renta mensualmente en el cual ellos nos pagan y hasta la edad de pensión que es a los 57 años más 6 meses, que sería ahoritica en abril próximo, entonces la empresa de energía en ese momento hizo unos cálculos de cuanto nos debía pagar a nosotros durante ese tiempo que nos

faltaba para adquirir la pensión y los 6 meses más y ese monto se lo pasaron a Protección, eso es un acuerdo entre la empresa y Protección, en el cual ellos nos seguía pagando la renta nos pagan salud y pensión y eso hicimos un acuerdo ante el Ministerio de Trabajo....”, que no se encuentra pensionada, que ese valor que recibe lo asimila “...si, al salario mensual que venía recibiendo de la Empresa de Energía de Cundinamarca, ellos no nos pagan ni primas ni, vacaciones, pero entonces tomaron el valor de todo eso, nos lo dividieron en los 12 meses y ese promedio es el que nos vienen pagando con el incremento del IPC anual, y nos hacen los descuentos en salud y pensiones y lo transfieren a las entidades a las que me encuentra afiliada....”.

En este punto, debe precisarse, que lo recibido por la demandante a través de Protección denominado Renta Temporal, como da cuenta el acta de AUDIENCIA PÚBLICA ESPECIAL DE CONCILIACION llevada a cabo ante el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de octubre de 2016, corresponde al acuerdo al que llegó ésta con su ex empleador para terminar el contrato de trabajo, o como lo razonó el juzgador de primer grado como una especie de “...indemnización por la terminación del contrato de trabajo...”, más no puede entenderse como erradamente lo hace la apoderada de Colpensiones en sus alegaciones en primera instancia, que la actora se encuentra pensionada, obsérvese que en dicho acuerdo se dejó claramente establecido que sobre la suma que mensualmente se le paga, “...se realizarán los descuentos de ley, pagadera desde el momento señalado en el párrafo siguiente y hasta seis (6) meses después de que el (la) EXTRABAJADOR(A) cumpla el requisito de edad establecido en la Ley a la fecha de la presente conciliación para acceder a la pensión de vejez (62 años hombres, 57 años mujeres), es decir, para el caso del (la) EXTRABAJADOR(A) el pago de la renta finalizará en el mes de abril de 2022. – El pago de la RENTA TEMPORAL lo realizará el fondo de pensiones PROTECCION S.A. a partir del mes de **octubre de 2016**. Los pagos mensuales de esta renta se realizarán el último día hábil de cada mes...” (PDF 29).

Retornando al punto de controversia, atendiendo lo señalado, no es factible colegir que la AFP que realizó el traslado de régimen cumplió con el deber de información que le competía, ya que se reitera, la firma en el formato preimpreso que suscribió la actora con AFP PORVENIR, en el que se consigna una constancia de *“VOLUNTAD DE AFILIACION PENSIONES OBLIGATORIAS...”*; este enunciado como ya se dijo, no es suficiente para tener por demostrado el deber que le correspondía a la AFP demandada; y es que en gracia de discusión de tenerse en cuenta que en dicho formulario como lo indica el apoderado de la AFP privada *“...si detallamos el formulario firmado por la aquí demandante, documento público y auténtico que no fue tachado de falso, debemos verificar que también indica que conoce la implicación de su decisión de haberse trasladado de régimen pensional, conoce acerca del derecho de retracto, y que la demandante conoce acerca de los bonos pensionales del régimen de transición...”*, lo que en sentir de dicho apelante, conlleva a demostrar que la entidad si cumplió con la obligación de información necesaria y suficiente para que la actora pudiese tomar la mejor decisión sobre su situación pensional; adviértase que la asesoría brindada tampoco fue completa o suficiente, dado que no aparece acreditado que se le explicara en la fecha del traslado –30 de marzo de 2007- cuáles eran las modalidades de pensión en el régimen de ahorro individual, como iban a operar las cotizaciones en ese régimen, esto es que se constituiría una cuenta de ahorro individual a su nombre, que en caso de fallecimiento los beneficiarios podían acceder a lo que tuviere en dicha cuenta, tampoco le indicaron sobre el monto de su mesada en cada uno de los regímenes, que podía hacer aportes voluntarios, etc.; dado que no aparece evidencia de esas situaciones; aspectos que en el caso del demandante tenía una implicación relevante respecto a la fecha en que podía eventualmente obtener su estatus de pensionado, es decir que no se le brindó esa información transparente, completa, detallada en relación con su situación particular, dado que la actora aseveró en el

interrogatorio de parte que esa información no se le suministró, y se reitera no se advierte de la documental adosada por la accionada, que esa información se le hubiere suministrado; por lo que conforme lo analizado, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante, siendo sus efectos legales que la actora nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones.

Ello, ya que si bien el demandante para el 6 de septiembre de 2019, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con más de 55 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...”* aspecto sobre el que reparan los apelantes; debe indicarse que 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, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se repite, no se demostró que la AFP COLFONDOS S.A. 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, y por ende, dicho traslado deviene ineficaz, y en ese sentido, las cosas vuelven a su estado anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

En este punto se debe precisar, que en aquellos eventos en los que mediante sentencia judicial se admite la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sus efectos se producen desde el mismo momento en que se generó el acto que dio origen a dicha ineficacia, vale decir, en el caso concreto, desde que el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, lo que ocurrió el 30 de marzo de 2007, cuando tenía 42 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 extunc (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 las demandadas en sus alegaciones en segunda instancia, sobre la nulidad y 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 recalcarse 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, como también lo sostienen los recurrentes; debe recordarse que el juzgador de instancia, en su sentencia ordenó a la AFP Porvenir S.A. devolver a Colpensiones la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la accionante y su empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrante^{4s} de su cuenta de ahorro individual, los porcentajes correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con su correspondiente indexación con cargo a sus propios recursos; es decir ordenó 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 afiliada al RAIS, ya que debieron ser recibidos por el ISS en su momento, hoy

Colpensiones, “...pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones...” (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL3537-2021); por lo que no puede considerarse como erradamente lo hacen los recurrentes, que la decisión pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; ya que con la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de las AFP Porvenir S.A. a Colpensiones, que se hace de manera plena y con efectos retroactivos, puesto que los mismos serán utilizados por ésta última entidad para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida; sin que pueda colegirse como desacertadamente lo hace Colpensiones, que es una persona que se está beneficiando de las cotizaciones efectuadas por otras y no por ella.

Y es que precisamente con la decisión el juez a quo, da aplicación al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que preceptúa que cuando se realice el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media no solamente debe trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de garantía de pensión mínima, dado que estos recursos -del fondo de garantía de pensión mínima- los manejan las AFP en una subcuenta separada, conforme lo establecido en el artículo 8º del Decreto 510 de 2003, compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016; evitando así la afectación financiera del sistema pensional. Ello, como quiera que si bien el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar por cuanto ordenaba repartirlo, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro

individual, en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y el resto del aporte se destinaba para el pago de la pensión de vejez, dicha norma fue modificada por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003 que, aunque no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, sí lo hizo en el régimen de ahorro individual, por lo que a partir de ese momento frente a este último régimen un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% está destinado a financiar la pensión de vejez, lo que genera que el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media sea mayor que en el de ahorro individual, por lo que lógicamente se afectaría la sostenibilidad financiera de Colpensiones de producirse el traslado de régimen, sin que se devolviera a ésta entidad, como lo dispuso el a quo, lo que la afiliada haya aportado al fondo de garantía de pensión mínima, como quiera que es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

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

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

Y es que, contrario a lo sostenido igualmente por el apoderado de Porvenir, no es improcedente que se ordene el traslado de rendimientos, el valor de los seguros previsionales y de los gastos de administración como aquel lo alega, 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).

Ahora, sostiene también el vocero judicial de Porvenir S.A. que *“...estos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, es decir no es un nuevo emolumento que le corresponda a esta afiliada en ninguno de los dos regímenes pensionales y aunque se declarara no probada la excepción de prescripción, si verificamos la naturaleza de esos gastos de administración encontramos que si le cabe ese término trienal de prescripción ya que son dineros de tracto sucesivo y son cobrados como contraprestación a la buena labor que hizo mi representada; ...”*, sin embargo, debe señalarse que tal entendimiento no resulta acertado, toda vez que el valor de los gastos de administración -3%, según el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el apartado 7° de la Ley 797 de 2003- corresponde a la base de cotización de la pensión, es decir, sale del monto total del aporte que hace el afiliado, y por tanto ese valor debe ser trasladado de manera íntegra como consecuencia de la declaración de ineficacia; por lo que en ese orden, también se encuentra amparado del fenómeno prescriptivo, contrario a lo considerado por el recurrente del fondo privado; téngase en cuenta que sobre dicha figura jurídica, la jurisprudencia legal, ha sostenido *“...Por consiguiente, para la Corte es claro que la acción de*

ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, como también lo es el derecho ciudadano a reivindicar un derecho pensional e incluso a mejorar su prestación en cualquier tiempo..., De allí que “la seguridad social y los derechos subjetivos fundamentales que de ella emanan, habiliten a sus titulares a requerir en cualquier momento a las entidades obligadas a su satisfacción, a fin de que liquiden correctamente y reajusten las prestaciones a las cifras reales, de modo que cumplan los objetivos que legal y constitucionalmente deben tener en un Estado Social de Derecho ” (CSJ SL8544-2016)...” (Sent. CSJ SL 1688-2019). Y, en reciente sentencia, sobre el particular, refirió “...reiteradamente que la acción de ineffectividad del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019)...”; pronunciamiento que trajo a colación en la SL1055-2022, radicación No. 87911 de 2 de marzo de 2022.

Respecto a la indexación de los valores ordenados trasladar, se debe precisar que si bien en pronunciamiento enunciado por la demandada Porvenir S.A., en sus alegaciones de segunda instancia, se había considerado que la misma no procedía; tal criterio se recogió en decisión de fecha 30 de agosto de 2023, dentro del radicado No. 25899-31-05-001-2022-00013-01, atendiendo los diversos pronunciamientos de la máxima Corporación de cierre de la justicia ordinaria, que se tornan de obligatorio cumplimiento para los jueces del trabajo, dado su carácter vinculante. Y es que sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que dicha actualización procede como efecto de la decisión adoptada, esto es la ineffectividad del traslado; al señalar: “...**Por tal razón, tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida.**

Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)....”; como lo adoctrinó la CSJ, entre otras, en sentencia SL1637-2022, Radicación No. 89208 de 11 de mayo de 2022.

En cuanto a que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones a que la AFP traslade los recursos respectivos, como se solicita en las alegaciones de segunda instancia por esta entidad; se considera que no hay lugar a ello, como quiera que la sentencia apelada y consultada especificó tal situación, al indicar que la activación de la afiliación de la demandante al RPM que debe efectuar la entidad aquí recurrente, es una vez la AFP privada cumpla con lo a ella dispuesto.

Finalmente, solicita la apoderada de Colpensiones que se revoque la **condena en costas** impuesta y que no sea condenada en la segunda instancia, “...toda vez que mi representada es un tercero de buena fe, aplicando la normatividad vigente para el caso concreto, pues no podía dar traslado de régimen a la actora, toda vez que se encuentra en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; pues en la actualidad la demandante ya cuenta con 57 años, por lo que Colpensiones no puede reconocer o aceptar el traslado de la demandante por esta prohibición contemplada en la ley, entonces solicito respetuosamente, que sea revocada la condena en costas porque pues ha actuado de buena fe y aplicando la normatividad vigente...”.

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

En el presente asunto, se advierte que Colpensiones actuó de conformidad con la vinculación de ostentó la demandante con Porvenir, quien para tomar la decisión de cambió de régimen no acudió a dicha entidad, tal como lo aceptó en su interrogatorio de parte; y que si bien se dispuso en el fallo recurrido que una vez la AFP privada cumpla con lo ordenado respecto a la devolución de los dineros referidos, Colpensiones convalide la historia laboral de aportes en favor de la actora y active su afiliación en RPM; no es factible considerar que la misma resultó vencida en el proceso y por ende procede la condena en costas impuesta; pues se reitera, no se advierte una actuación directa de dicha entidad respecto a la afiliación de la actora al RAIS cuya ineficacia se declaró en este trámite procesal.

En ese orden, se observa que no se dan los presupuestos del artículo 365 del CGP aplicable en material laboral por autorización del artículo 145 del CPTSS; por tanto, se revocará la condena en costas de primera instancia impuesta a la apelante, en su lugar se absolverá de la misma.

Así quedan resueltos los recursos 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.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir S.A., ante la falta de prosperidad del recurso impetrado. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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: REVOCAR parcialmente el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá - Cundinamarca, el 20 de octubre de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por **OLGA YANET ORTIZ MANRIQUE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, que condenó en costas a Colpensiones, en su lugar, **ABSOLVER** a dicha demandada de las mismas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO. CONDENAR en **COSTAS** a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Fíjese la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como agencias en derecho.

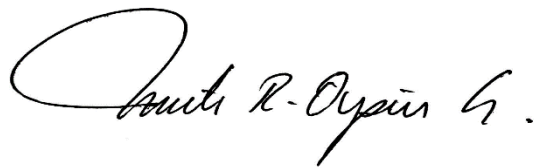
CUARTO: En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente digitalizado al juzgado de origen, para lo de su cargo.

NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



ASTRID ELIANA BARAJAS CARREÑO

Secretaria