

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **25899-31-05-002-2022-00199-01**
Demandante: **ALBERTO FRANCO SANDOVAL**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, Y OTROS**

En Bogotá D.C. a los **25 DIAS DEL MES DE ABRIL DE 2024**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022. Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida 24 de febrero de 2023, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá –Cundinamarca-, dentro del proceso de la referencia

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El señor **ALBERTO FRANCO SANDOVAL** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR**

S.A., para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen pensional; en consecuencia, que las cosas vuelvan a su estado anterior, esto es, que Porvenir S.A. devuelva a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado a ese fondo privado, con los valores correspondientes por cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses y rendimiento que se hayan causado; se ordene que Colpensiones reciba la afiliación del demandante sin solución de continuidad y asuma la administración de los aportes a pensión; que se condene a Porvenir a pagar los perjuicios morales en cuantía de 200 SMLMV por los perjuicios causados por la irregular vinculación, se condene a lo que resulte ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de las peticiones expuso que nació el 22 de mayo de 1962, se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones-, en varios periodos de manera interrumpida a partir del 30 de marzo de 1987 hasta el 31 de enero de 2001, cuando nació a la vida jurídica el régimen de ahorro individual con solidaridad, se afilió a Horizonte pensiones y cesantías – Hoy Porvenir S.A. el 28 de octubre de 1994, y a Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., el 3 de agosto de 1999 y nuevamente a Horizonte el 24 de julio de 2002; que los fondos privados Horizonte y Colpatria hoy Porvenir S.A., no le suministraron información clara, concreta, real, seria, concisa y detallada del plan de pensión y las consecuencias del

traslado de régimen frente al monto, la base de liquidación y el valor real de la mesada, entre otros, lo que conllevó a que el actor firmara una solicitud de vinculación discriminada con el número 213714 el 28 de octubre de 1994 otra de afiliación y traslado el 3 de agosto de 1999, y nuevamente otra el 24 de julio de 2002, detallada con el número de radicado 2002-1691843 uso interno 05972344 don Horizonte Pensiones y Cesantías, en la que formal y finalmente se trasladó del R.P.M. al RAIS; que Porvenir S.a., le hizo una serie de propuestas que estaban salidas de la realidad pensional que en la fecha de afiliación le ofrecieron y que actualmente se evidencia con el cálculo de simulación pensional que le hizo en la comunicación de 29 de marzo de 2022, radicado 0100222111038200, en respuesta a derecho de petición, que no se identifica con la realidad actual porque al momento de la afiliación le informaron que podía pensionarse a cualquier edad, independientes del valor de dinero que tuviera en el fondo, que no necesitaba un número determinado de semanas, sin embargo en ningún momento le dijeron que dependería de un superávit capital que tuviera en su cuenta de ahorro individual; información *“...ahora si real por parte de PORVENIER, sobre las condiciones en que le sería reconocida la pensión, causó a mi poderdante una gran tribulación al verse enfrentado a lo que sería su vejez con una irrisoria suma pensional para mantenerse él y su familia...”*; que el fondo privado *“...NO le informó ... al momento de la afiliación, que su pensión iba a tener un monto inferior al que ofrece el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, independientemente de los aportes que hiciera, constituyéndose en un engaño, porque NUNCA le indicaron que su pensión variaría dependiendo de la edad d sus beneficiarios y tampoco le hicieron unos cálculos actuariales donde le reflejarán el valor de la mesada pensional a recibir en un futuro...”*; que si la accionada Porvenir S.A., le hubiere brindado la información necesaria que le imponía la ley, para que

hubiera el accionante hecho un comparativo entre los dos regímenes “...habría optado por mantenerse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero no lo hizo, siendo su obligación. En síntesis, **JAMÁS** se hubiera trasladado, porque es elemental que mi cliente con los ingresos base de cotización que tenía y tiene supera en más del 100% el valor de la mesada que en comparación le ofrece el Fondo PORVENIR S.A. con el que le correspondía de haber permanecido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones y en esas condiciones nadie se trasladaría...”; que las omisiones en las explicaciones información que omitió el fondo privado, siendo obligación legal de hacerlo, “...constituyen un engaño y un dolo manifiesto por parte de la entidad, pues al callar o no haber dado esa información, lo hizo dolosamente, lo que hace la diferencia, porque de haberlo hecho, ALBERTO FRANCO SANDOVAL, no se hubiera trasladado de Régimen y ahí se evidencia el engaño y la inducción en error al afiliado , pero en este caso ni el fondo privado ni COLPENSIONES suministraron dicha información siendo su obligación legal, por lo que quedan demostrados los requisitos para ordenar esa devolución en los términos solicitados...”; que Porvenir, con su actuar, lo que hizo fue inducir en error y por tanto vicio el consentimiento del demandante, “...No hubo un consentimiento libre e informado de manera suficiente, clara, coherente, preciso, con conocimiento concreto de las consecuencias, con las proyección previas aritméticas de cómo quedaría su mesada pensional en un futuro, es decir, monto porcentual, valor mensual de la mesada, a partir de qué edad podía hacer uso de su derecho pensional, cual modalidad de pensión le convenía más, etc. ...”; que el 22 de marzo de 2022 le solicitó a Porvenir S.A. su traslado a Colpensiones, sin que hubiera dicha entidad contestado la petición, igualmente el 11 de abril de dicha anualidad, solicitó a Colpensiones que fuera aceptada la devolución del RAIS al RPM, indicándole el 19 de abril del mencionado año, que la solicitud no era procedente bajo el argumento de que con la firma del formulario de afiliación manifestó su voluntad de trasladarse de

régimen, con lo cual quedó agotada la reclamación administrativa; que al estar a portar de reclamar su pensión, le solicitó a Porvenir S.A., le indicara el valor de la mesada a reconocer, la cual una vez conoció, se dio cuenta que era mucho inferior a lo que le pregonaron al momento de efectuar el traslado de régimen y al que se puede llegar a obtener en aplicación del RPMPD (fls. 1 a 11 PDF 02).

La demanda fue presentada el 28 de junio de 2022 y repartida al **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca**, el 29 del mismo mes y año (PDF 01); y admitida con auto de 14 de julio de 2022, disponiéndose la notificación a la parte demandada en los términos allí indicado, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo previsto en el artículo 612 del CGP (PDF 04).

II. CONTESTACION DE LA DEMANDA.

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

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, describió el traslado de ley y por conducto de apoderado dio contestación a la demanda, con oposición a las pretensiones, por considerar que “... *la afiliación con PORVENIR S.A., fue libre, espontánea, sin presiones o engaños, tal como se aprecia en el formulario de solicitud de vinculación N° 213714 suscrito por la parte demandante con mi representada el 28 de octubre de 1994, el formulario de afiliación N° 0276035 del 03 de agosto de 1999, solicitud de afiliación individual N° 1036430 24 de julio de 2022 y formulario de vinculación o traslado N°1691843 del 27 de julio*

de 2002 a través de los cuales se evidencia que la afiliación fue producto de una decisión voluntaria e informada, documentos públicos en el que se observan 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 C.P.T...”; que también le garantizó el derecho de retracto a la parte actora, que “...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. En todo caso, el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, tal como dispone el artículo 1741 del Código Civil, sin embargo, tal vicio no logra probarse en el presente asunto. En este contexto, en el presente asunto, no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que NO SE PROBÓ que faltaba uno de los elementos esenciales de este acto jurídico, ni tampoco procede la nulidad absoluta del cambio de régimen, pues igualmente NO SE ACREDITÓ que para ese momento el afiliado fuera incapaz absoluto, lo que entraña sin lugar a vacilación que, en gracia de discusión, de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen, necesariamente se trataría de las catalogadas por la ley como nulidades relativas, las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno prescriptivo. Así mismo, es preciso poner de presente que el señor ALBERTO FRANCO SANDOVAL contó con la oportunidad de asesorías brindadas por la AFP PORVENIR S.A., sobre las consecuencias, ventajas, desventajas, requisitos y beneficios del traslado y permanencia en el RAIS, así como la oportunidad para ejercer el derecho de retracto que le asistía...”; precisando que la vinculación del accionante “...fue producto de su decisión libre, voluntaria e informada, después de haber sido ampliamente asesorado por mi representada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, razón por la cual, el traslado se considera válido dentro de los términos establecidos en la ley de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en el cual se especifica las características

del régimen, por lo que no es procedente que se ordene devolver a COLPENSIONES ninguno de los conceptos indicados...". En el acápite de HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, sostuvo que el traslado al RAIS del demandante operó en el año 1994 inicialmente a la AFP PORVENIR S.A., posteriormente el actor ratifica su decisión libre, voluntaria, espontánea e informada de continuar vinculado al RAIS, al trasladarse con mi representada, el 27 de julio de 2002, cómo se puede evidenciar en el formulario N°1691843, suscrito por el demandante, por tanto, la afiliación realizada fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, por lo que esta fue inequívocamente voluntaria, 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 párrafo del artículo 54 A del C.P.T. y la parte demandante manifestó al suscribir el formulario de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., ser consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado; lo que sin duda constituye una ratificación del acto de traslado de régimen. En su defensa, formuló las excepciones de mérito denominadas: Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la "Genérica" (fls. 4 a 29 PDF 09).

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, con oposición a las pretensiones toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia

dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la parte demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso la parte accionante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no precedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual reza “...Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuándo le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”. En el capítulo de RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO, sostuvo que para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorno, contaba con 60 años de edad, encontrándose dentro de la prohibición legal conforme el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el apartado 13 de la ley 100 de 1993; además que aquel no hizo uso del derecho de retracto, el cual da al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su elección en cualquiera de los dos regímenes dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual haya manifestado por escrito la correspondiente selección; aunado que cuando se trasladó al RAIS, se encontraba frente a una mera expectativa, ya que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1° de abril de 1994, la demandante contaba con 31 años de edad y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicios para querer regresar al RPM en cualquier tiempo, por lo que no está amparado por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media. También consideró 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 2006, 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 que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la “innominada o genérica” (fls. 4 a 34 PDF 10).

Con proveído de fecha 25 de agosto de 2022, se dispuso la integración del litisconsorcio necesario con la AFP Protección S.A. Pensiones y Cesantías, dado que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo (PDF 12).

Así, La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.**, dijo que se oponía a las pretensiones de la demanda, por considerar que nos encontramos frente a un acto existente,

válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que conforme al formulario de vinculación que suscribió el demandante, dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre el demandante y Protección, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como del afiliado; que la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues se reitera, el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección y un acto válido y existente; menciona que no puede prosperar la pretensión de nulidad del traslado como pretensión principal, ya que el acto jurídico celebrado entre la demandante y la entidad cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos derivados de este; que no se puede predicar que la parte actora fue engañada por parte de dicha codemandada, al resultar en la actualidad que el valor de su mesada pensional en el RAIS es inferior a la mesada pensional que obtendría en el RPM, pues para el momento de su traslado, esto es, para el año 2001, no era posible fácticamente predecirlo, pues le faltaban muchos años de cotización y edad para alcanzar una pensión de vejez. Así mismo el monto de la pensión en el RAIS el legislador la ligó a situaciones económicas o

financieras y cambios normativos como los que ocurrieron con la Resolución 1555 de 2010 (nuevas Tablas de Mortalidad), así como la Resolución 3099 de 2015 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, (fórmulas para calcular el capital necesario que debe acreditarse en una cuenta de ahorro individual para cubrir vitaliciamente una pensión mínima, en las modalidades de renta vitalicia y retiro programado); tampoco es posible afirmar que la forma como hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS, haga NULA o INEFICAZ la afiliación, ya que dicha fórmula está consagrada legalmente, tanto en la Ley 100 de 1993, artículos 64, 80, y 81 y en los decretos reglamentarios y resoluciones emitidas por la Superintendencia, entre éstas la 1555 y 3099 de 2015, normatividad exequible a la fecha; por tanto, la parte actora, no puede pretender la declaratoria de una NULIDAD soportando dicha pretensión en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que, un acto es nulo por vicios en el consentimiento no por la favorabilidad económica de un acto jurídico, pues si la favorabilidad en el valor de la mesada se evidenciara respecto del RAIS se tornaría entonces en válida y eficaz su afiliación a este régimen. En el capítulo de FUNDAMENTOS DE DERECHO Y RAZONES DE DEFENSA, sostuvo que el demandante pretende hacer ver que el acto jurídico de afiliación a la entidad, está viciado de NULIDAD Y/O INEFICACIA, pero una afirmación de este talante no puede estar más alejada de la realidad, pues pone de presente que todas sus actuaciones están y siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas a esta Administradora de Fondos de Pensiones lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la ley 100 de 1993; lo que se acredita con el formulario

de afiliación mediante el cual el demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, que todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el decreto 692 de 1994 art. 11 y ss.; manifiesta que brindó una asesoría completa, clara y comprensible al momento de realizar su afiliación la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y a las exigencias existentes para ese momento; que además, se ha caracterizado siempre por capacitar a sus asesores de la mejor manera para que puedan brindar una asesoría clara, completa, integral, pero sobre todo profesional sobre el Régimen de Ahorro Individual y sus efectos; además, dentro de la información que se le ofrece a los afiliados a Protección S.A., se les indican temas como: la posibilidad que tienen de optar por una pensión a una edad anticipada, siempre y cuando cuenten con capital suficiente que les permita financiar una pensión superior al 110% de un salario mínimo legal mensual vigente al año de 1993, tal como lo establece el artículo 64 de la Ley 100 de 1993; la figura de la Garantía de Pensión Mínima de Vejez a la que tienen derecho en el evento de no cumplir con el capital requerido, siempre y cuando cumpliera con los requisitos de edad y semanas exigidos en el artículo 65 de la ley 100 de 1993; Igualmente, se les da a conocer la posibilidad de obtener unos excedentes de libre disponibilidad, el factor herencia del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual a falta de beneficiarios de Ley, entre otras característica; así como se le entera sobre las implicaciones que apareja su afiliación a la AFP y los aspectos diferenciadores respecto al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Reitera que la afiliación del actor se

hizo de forma voluntaria, manifestando su consentimiento con la suscripción del formulario, luego de habersele brindado la asesoría pertinente para la toma de la decisión. En su defensa, presentó las excepciones de mérito denominadas: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, “Innominada o Genérica”, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, y traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones (fls. 4 a 22 PDF 11).

III. SENTENCIA DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá (Cundinamarca), mediante sentencia del 24 de febrero de 2023, decidió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, Alberto Franco Sandoval, entre el RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías.

SEGUNDO. CONDENAR a Porvenir S.A. Pensiones y cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Alberto Franco Sandoval, incluidas las cuotas de administración y comisiones que hubiese cobrado, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a Protección S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual del demandante Alberto Franco Sandoval, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, y en general cualquier emolumento que en razón a la afiliación haya sido debitado o se encuentre en su poder, por lo considerado.

CUARTO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías y Protección S.A. Pensiones y Cesantías, todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las semanas correspondientes.

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

SEXTO. ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO. COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías y Protección AFP. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV de conformidad con lo indicado en la parte motiva a cargo de cada una (un salario para Porvenir, un salario para Protección).

OCTAVO. Remítase el presente asunto ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca a efectos de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS..." (Audio y acta de audiencia, PDFs 22 y 23).

IV. RECURSO DE APELACIÓN DE COLPENSIONES:

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, formuló y sustentó el recurso de apelación, en los siguientes términos:

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

Como primer punto tenemos sobre la prohibición legal. Al respecto, se indicar que al momento de la solicitud del retorno al régimen de prima media por parte del demandante, este se encontraba dentro de una prohibición legal descrita en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de 1 año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltarán 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

Como segundo punto, tenemos el tema de no acreditar vicios del consentimiento. Así mismo dentro del expediente, es evidencia que no se acredita prueba alguna contundente que demuestre que se esté en presencia un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil. Ahora bien, no nos encontramos frente a un error sobre un punto derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena su anulación o restricción judicial.

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

En tercer punto, tenemos lo de la carga de la prueba. En el presente caso no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio en el consentimiento entendido como deber de información. En el presente caso, se torna imposible probar hechos ocurridos en el año de 1994 y por lo tanto es aplicable el precepto que reza que nadie está obligado a probar lo imposible.

En cuarto punto, tenemos lo que tiene que ver o lo que respecta al deber de información. Es así como el precedente de la Corte Suprema que se utiliza como norma para la aplicación del deber de información al Decreto 663 de 1993; sin embargo, este deber solo se materializó a través de la ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado; por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y el año 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, realizó el respectivo traslado en el año 1994; imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, se constituye en una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica y basa las decisiones de los jueces en supuestos.

Como quinto punto tenemos la descapitalización del sistema. Es así como en sentencia C1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 032 2013 la Corte Constitucional en materia de traslados se ha manifestado que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima medida con prestación definida se descapitalizaría, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del régimen de prima media al RAIS afecta la sostenibilidad financiera al sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados.

Por las razones expuestas en precedencia, se solicita a los señores magistrados se sirvan revocar la presente providencia y en consecuencia, se absuelva a Colpensiones de las suplicas de la demanda. Gracias su Señoría...”

El juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto y dispuso la remisión del proceso a esta Corporación. 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, mediante auto de 13 de marzo de 2023 (PDF 04AutoTraslado Cdno. 02SeEgundaInstancia); los apoderados de las demandadas **Porvenir S.A.**, y la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**, presentaron alegaciones ante la Corporación.

Colpensiones, solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se condene en costas a la parte demandante; manifestando que en el evento de no atenderse dicha solicitud, de manera subsidiaria se condicione el cumplimiento de la sentencia

por parte de Colpensiones al “...previo cumplimiento de LA DEVOLUCIÓN de la totalidad de las sumas obrantes en la CAI del demandante por la AFP, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al FGPM y gastos de administración, y los demás a que hubiera lugar, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos...”; mencionando:

“(...) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En primer lugar, debe señalarse, que no es ajeno a esta apoderada judicial, la actual postura de la H. Corte Suprema de Justicia frente de las nulidades e ineficacia de traslado, que incluso se viene aplicando por esta alta corporación vía tutela¹, sin embargo respetuosamente me alejo de dicho análisis, toda vez que la Corte Suprema de Justicia hasta hace muy poco, estuvo conformada por 5 magistrados que actualmente volvieron a ser 7, y de estos 5 las reglas creadas para ineficacia fueron dadas por dos magistrados, que nunca se ha pronunciado sobre los fuertes argumentos que esgrimen los fondos de pensiones y que si bien los fallos actuales de la Corte fundaron las bases de este nuevo precedente de las sentencias de 2008 de la doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, los supuestos facticos de aquellas a los de ahora distan bastante, por lo cual ruego a la sala de decisión se tenga en cuenta los que paso a reiterar.

- I. **Sobre la prohibición legal:** Al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante se encontraba dentro de una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.
- II. **Sobre no acreditar vicios del consentimiento:** dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), ahora bien no nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la DEMANDANTE Y PORVENIR S.A, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

*No obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durara cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo en **Julio de 2002** según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de **Julio de 2006**.*

Debe igualmente el despacho tener en cuenta que existió ratificación expresa o tácita que sanea el presunto vicio del contrato y, en el presente asunto el EMANDANTE saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibidem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizo el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que el DEMANDANTE durante todo este tiempo (diligenciamiento del formulario de cambio de régimen hasta la fecha de presentación de la demanda), ha consentido en que se le hagan los descuentos respectivos 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 2.003, hace más de 18 años, y nadie está obligado a lo imposible.

IV. Respecto al deber de información: *el precedente de la Corte Suprema, utiliza como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo este deber solo se materializo a través de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de*

pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso del actor el cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado en 1.995.

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

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

- V. Sobre la descapitalización del sistema:** *En sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013 de la Corte Constitucional en materia de traslado, manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.*

La declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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

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

Por su parte, Porvenir S.A. solicita revocar la sentencia de primera instancia en lo que hace referencia a la declaración de ineficacia, así como la condena a su cargo de trasladar a Colpensiones sumas diferentes a los aportes y rendimientos financieros durante el tiempo de permanencia del actor a la entidad; precisando, en el evento que se confirme el fallo, “...se debe confirmar que estos montos no se indexen, por cuanto los rendimientos obtenidos por la gestión de PORVENIR S.A., con suficiencia superan los rendimientos que hubiera obtenido la parte actora en el RPMPD...”; para lo cual señaló: .

“(...) RAZONES JURÍDICAS Y FÁCTICAS

PORVENIR S.A., como Administradora de Fondo de Pensión, siempre le GARANTIZÓ a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que, esta entidad en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

La misma entidad, mediante concepto No. 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, indicó que, el deber de asesoría por parte de las AFP's solamente fue previsto cuando se creó el Sistema de Información al consumidor Financiero, esto es, con la Ley que reformó el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero – Ley 1328 de 2009- y su Decreto Reglamentario 2555 de 2010.

Conforme a lo expuesto, las Administradoras de pensiones únicamente cuentan con los formularios de afiliación, por lo que solicitar pruebas documentales distintas sin duda resulta una violación al debido proceso.

Ahora, como quiera que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral ha establecido el deber de los fondos privados de acreditar el deber de información, necesario es indicar que, dentro de la libertad probatorio debe analizarse lo expuesto por la parte demandante en el interrogatorio de parte y su conducta durante la permanencia en el fondo que represento, al menos como inicios no solo de conocer aspectos específicos del funcionamiento del régimen de ahorro individual sino también de permanecer en este régimen,

ya que a pesar de JAMÁS haber estado en imposibilidad de retornar al RPMPD, no lo hizo y por el contrario, realizó aportes en su cuenta de ahorro individual.

Además de los indicios como medio de prueba, están las presunciones legales. Por ello, es fundamental indicar que, el artículo 9º del Código Civil, menciona que, “la ignorancia de las leyes no sirve de excusa”; luego, la parte actora al igual que todos los habitantes del territorio nacional, les compete conocer el contenido de las leyes y, en el evento de que le surgieran inquietudes, realizar las consultas correspondientes.

La Corte Constitucional en la Demanda de inconstitucionalidad del artículo 9º del Código Civil, expresó:

¿Pugna la disposición contenida en el artículo 9º del Código Civil, con principios consagrados en la Constitución Política de Colombia, tales como la presunción de buena fe, la igualdad y la vigencia de un orden justo? (...)

Aún pudiera considerarse otra clase de reglas de cuya ignorancia pueden seguirse efectos negativos para el destinatario, a saber: las que atribuyen competencias a ciertas personas o corporaciones para dictar normas capaces de vincular a los individuos. Pero con respecto a ellas, caben consideraciones similares a las que se hicieron a propósito de las de la categoría 1. No es preciso leer la Constitución ni el Código de Régimen Político y Municipal, para enterarse de dónde emanan las reglas que deben ser reconocidas como obligatorias. Aún las personas carentes de los conocimientos más elementales saben que los agentes de policía (significativamente identificados por nuestros campesinos como “la ley”), los comisarios, los inspectores, los alcaldes, los concejos municipales, ejercen autoridad sobre el resto de la población.

*“El conocimiento de la ley es un supuesto de convivencia y una construcción jurídica (...), es indispensable para conservar el orden jurídico de un Estado y para proteger los derechos, garantías y deberes de sus asociados. Es decir, en estricto derecho, constituye una presunción Juris et Jure sobre la que se asienta toda la organización jurídica y social de las naciones civilizadas”. **Sentencia C651/97.***

Entonces, PORVENIR S.A., no solo a partir del formulario de vinculación, sino a través de los indicios antes referidos y la presunción legal, acredita que cumplió con la carga de probar el deber de información para con la demandante.

Pero, en el hipotético evento de que el H. Tribunal considere que, el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez porque

PORVENIR S.A., no probó el deber de información, debe ordenarse el traslado de los recursos a COLPENSIONES en los términos del artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, 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.

De otra parte, si se acoge la teoría de las restituciones mutuas consagradas en el artículo 1746 del Código Civil, 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. “Así lo expuso la H. Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

*“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 1746, 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 dan los incisos 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.”

Luego, no existe fundamento legal para 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 otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado; pero, además se configura un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien no administró los aportes pensionales del demandante. Y es que, determinar que se deben reintegrar 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.

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 financian la prestación de vejez, están sujetos al fenómeno de la prescripción previsto en los artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y S.S., y así deberá declararse.

De manera que, sí el H. Tribunal decide confirmar la decisión del A quo en cuanto declaró la ineficacia del traslado pensional, comedidamente le solicito aplicar el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en lo que hace referencia a los efectos de tal declaración, en tanto que, esta Corporación ha determinado que la consecuencia de la declaratoria es que, el traslado jamás existió; es decir, el afiliado siempre estuvo vinculado en el régimen de prima media con prestación definida; en consecuencia, PORVENIR S.A., debe trasladar a COLPENSIONES los rendimientos equivalentes del RISS (tasa anual efectiva de la rentabilidad acumulada de las reservas pensionales de Vejez, Invalidez y Sobrevivencia administradas por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Si, por el contrario, la decisión del Tribunal es que se debe reintegrar la totalidad de los rendimientos, comedidamente solicitamos AUTORIZAR a PORVENIR S.A., a descontar de tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar, como quiera que, la AFP realizó una gestión a favor del afiliado que le generó los referidos rendimientos, representados en:

i.) El reintegro del porcentaje equivalente al 3% de la cotización mensual realizada al Sistema General de Pensiones por concepto de los gastos de administración (artículo 20 dela Ley 797 de 2003), durante el periodo en el que el afiliado estuvo vinculado a Porvenir;

ii.) A pagar el valor que corresponda al costo de tener una persona afiliada a la AFP y generar los rendimientos obtenidos.

Al declarar la ineficacia del traslado pensional, el valor a trasladar correspondería a los intereses que la persona hubiese obtenido en el régimen de prima media, esto es, el monto de los aportes +

rentabilidad RISS (Colpensiones), por cuanto de acuerdo con el precedente judicial, la ineficacia implica retrotraer las cosas a su estado anterior como si nunca hubiese existido y, en aplicación del principio de inescindibilidad de las normas, la condena debería guardar consonancia con este principio.

Ahora, de condenarse a trasladar los aportes con los rendimientos del RAIS, esto es, el monto de los aportes + rentabilidad Multifondos (RAIS), debe aplicarse la figura de las restituciones mutuas, para que, en este asunto a PORVENIR S.A., no se le condene a devolver los gastos de administración y de seguros.

No ordenar las restituciones mutuas, ni compensar estas sumas sobre los rendimientos financieros generados, resulta un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y/o el Estado “régimen de prima media con prestación definida”, al permitir que dicha entidad se beneficie sin haber ejercido la administración de tales recursos durante los periodos anulados.

Finalmente, con fundamento en lo anterior, resulta una doble sanción a cargo de mi representada que se le ordene además de reintegrar valores distintos a los expuestos, que estas sumas sean indexadas, cuando en forma palmaria se observa que los rendimientos financieros obtenidos por la gestión de mi representada por un acto jurídico que produjo plenos efectos jurídicos, con creces supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales...” PDF 06AlegatosDemandado Cdno. 02Segunda Instancia).

IV. 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 interpuestos 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 juzgador de primer grado, o, por el contrario, no hay lugar al mismo debiendo absolverse a las demandadas de las súplicas de la demanda como lo alega la recurrente; y de considerarse que, si hay lugar a la ineficacia del traslado, si resulta procedente o no, ordenar la devolución de la sumas previsionales, y lo que aparece en el fondo de garantía de pensión mínima.

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

El Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), aplicable a las administradoras de fondos de pensiones desde su creación, dispuso en el numeral 1º del artículo 97 como obligación de esas entidades “...suministrar a los usuarios de los servicios

que prestan **la información necesaria** para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado...” (resaltado fuera de texto).

Ello significa, que las administradoras de fondos de pensiones, desde el momento de su creación o fundación, tienen el deber de ofrecer información a los usuarios del sistema pensional para que estos puedan adoptar su decisión de forma libre y consciente, mediante “...la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses...”; y es que, ese deber de información sin duda alguna repercute en el futuro pensional del usuario o afiliado; obligación que con el paso del tiempo se ha acrecentado, pues inicialmente se tenía el *deber de información necesaria* (artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003); luego, *la de asesoría y buen consejo* (artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010); y finalmente el de *doble asesoría* (Ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa No. 016 de 2016).

Por consiguiente, concierne a los jueces de la seguridad social determinar si en cada caso en particular se cumplió o no con el deber de información según el momento histórico en que debía observarse, que, en el caso, son las normas vigentes para el año 1994, cuando ocurrió el traslado de régimen pensional del demandante, encontrándose en el primer periodo o estadio determinado por la jurisprudencia, conforme se indicó líneas atrás, y desde esa óptica determinar si el fondo de pensiones

efectivamente cumplió o acató esa obligación de haber ilustrado al accionante, de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales.

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

Respecto al enunciado “...**libre y voluntaria**...” contemplado en el citado artículo 13, la jurisprudencia laboral entiende que el mismo necesariamente presupone el conocimiento que debe tener la persona que decida afiliarse a alguno de los dos regímenes pensionales (RPM o RAIS), y eso solo se puede materializar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de esa decisión. Sobre este punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: “...que no existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito...” (SL 12136 de 2014).

En ese orden de cosas, no surge acertado el entendimiento de la recurrente, en cuanto a que para la fecha de la afiliación del actor

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

Frente a la *información necesaria* que menciona el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la jurisprudencia legal, entre otras, en sentencias CSJ SL1452 de 2019, reiterada en SL1689 de 2019; precisó que la misma debe contener “...la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones...”, y en ese sentido, la persona pueda comparar las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, previo a tomar su decisión. Además, dice la jurisprudencia frente al principio de transparencia, que “...es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través

del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida...” para que de esta forma la elección del afiliado al sistema pueda darse después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los regímenes ofertados; es decir el referido principio impone la obligación a las entidades de dar a conocer **toda** la verdad objetiva de los diferentes regímenes, *“...evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro...”*.

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

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

Debe indicarse que en este sentido, el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se viene edificando desde el mes de septiembre de 2008, distinguiéndose, entre otras en la estructuración de su criterio, el cual ya fue sustentado las sentencias de casación: 31989 y 31314 del 8 de septiembre de 2008; 33083 de 2011; SL12136-2014, radicado 46292; SL413-2018, radicado 52.704; SL361-2019, radicado 63.615; SL1688-2019, radicado 68.838; SL4875-2020, radicado 85.325; SL4680-2020, radicado 84.741; SL373-2021, radicado 84.475; SL3168-2021, radicado 87.797; SL3871-2021, radicado 88.720; SL1217-2021, radicado 85.054 y más recientemente, 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 al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara y comprensible para que aquel tomara una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes, y es que materialmente ello no se puede extractar del citado documento.

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

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

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

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

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

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un

supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

Aquí, surge precisar, aunque mediante comunicado de prensa de la Corte Constitucional de 9 de abril de 2024, se enuncia el sentido de la sentencia SU-107 de 2024 que hace alusión a la modulación del precedente de la Corte Suprema de Justicia en materia probatoria en procesos ordinarios donde se discute la ineficacia del traslado de afiliados del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por problemas de información ocurridos entre 1993 y 2009; no obstante, aún dicha providencia no ha sido notificada por lo que no es factible analizar sus argumentaciones respecto del presente proceso; por tanto, la Sala continua aplicando el precedente jurisprudencial de la Corporación de cierre de justicia

ordinaria, que se ha señalado en precedencia y ha sido reiterado en los diversos pronunciamientos emitidos en casos de similares connotaciones, el cual tiene como fundamento el análisis de los medios de prueba incorporados y los principios probatorios establecidos en el CGP.

Bajo ese contexto, en el presente asunto, se advierte que el aquí demandante nació el 22 de mayo de 1962, como se advierte de su cédula de ciudadanía (fl. 39 PDF 02); que desde 30 de marzo de 1987 se encuentra aportando al régimen de prima media, cotizando un total de 70.80 semanas, conforme reporte expedido por Colpensiones (fls. 85 y 86 PDF 02), así como de la Historia Laboral de Porvenir (fls. 46 a 58 PDF 02); que se afilió a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., el 28 de octubre de 1994, según formato de SOLICITUD DE VINCULACION No. 213714 de la citada administradora (fls. 59 PDF 02, 67, 71 PDF 09); así mismo, realizó vinculación a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., el 3 de agosto de 1999, de conformidad con el formulario de SOLICITUD DE AFILIACION Y TRASLADO No. 0276035 de dicha entidad (fls. 60 PDF 02, 68, 74 PDF 09), el 15 de mayo de 2000, suscribió SOLICITUD DE VINCULACION a SANTANDER (fl. 31 PDF 11), el 15 de marzo de 2001, se afilió a PROTECCION FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS (fls. 32 y 33 PDF 11), se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. nuevamente el 24 de julio de 2002, según formulario No. 2002-1691843 con radicación interna 0507234 (fls. 61 PDF 02, 69 y 70 PDF 09); pues tales situaciones fácticas no fueron objeto de reparo alguno por las partes.

En ese orden, observa la Sala que, no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral para predicar la legalidad del acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que dentro del plenario no reposa medio de prueba alguno que permita afirmar que el demandante, antes de trasladarse a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. en octubre de 1994, hubiese recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento, lo único que se allegó al expediente fue el formato preimpreso de SOLICITUD DE VINCULACION a HORIZONTE, No. 213714, en el que aparece la firma del actor en el aparte denominado “...VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACION...” con el siguiente texto: “...HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL REGIMEN DE **AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO A LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTE SELECCION SON VERDADEROS...” (fls. 59 PDF 02, 67, 71 PDF 09).

Al respecto, nuevamente se reitera, la circunstancia que el demandante hubiere firmado el formulario pre-impreso de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que aparezca consignado que la decisión fue libre, espontánea y sin presiones; con ello no se garantiza el deber de información que le asistía a la respectiva administradora de pensiones del Régimen de Ahorro Individual, para entender satisfecha tal obligación por parte del

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

Y es que, no se advierte que al actor para el momento de la suscripción del formulario de traslado el 28 de octubre de 1994 se le hubiere suministrado la información necesaria y suficiente para tomar esa decisión; o que por el hecho de haber cambiado de AFPs, o efectuado los aportes respectivos, recibido los extractos, o no indagar sobre su situación pensional, ratificaba su voluntad de permanencia en el fondo, 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

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.

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 el actor en el interrogatorio, no se advierte que éste hubiese señalado aspectos que beneficiaran a la parte contraria y que afecten sus intereses procesales y de contera, le ocasionaran consecuencias jurídicas adversas a éste, para considerar que se dio la confesión en los términos del artículo 191 del CGP, y por consiguiente se acreditó medianamente el cumplimiento de los presupuestos del deber de información que recaía en la administradora demandada para el momento de traslado de régimen pensional, pues en términos generales éste manifestó que no recuerda haber firmado formularios de afiliación a algún fondo, preciso que lo sucedido era que cuando lo contrataban e iba a firmar los respectivos documentos, la empleadora le hacía entrega de un paquete de documentos grapados y le indicaba con una equis donde debía firmar y él procedía a ello, sin verificar de que documentos se trataba, dado que él confiaba en la dependencia de Recursos Humanos de su empleador; que nunca se enteró que estaba firmando el traslado de

régimen pensional; también mencionó que nunca recibió o no le entregaron manual de ventajas y desventajas de afiliación y en ningún momento conoció un asesor de los fondos privados, ni le fue suministrada información del fondo de pensiones sobre cómo sería su futuro pensional en ese tipo de régimen, así mismo adujo que no sabía que era un bono pensional o la pensión por retiro programado; y es que se reitera, la firma en el formato preimpreso que suscribió el actor con AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, en el que se consigna una constancia de “...VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACIÓN...”; este enunciado como ya se dijo, no es suficiente para tener por demostrado el deber que le correspondía a la AFP demandada; por lo que conforme lo analizado, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante, siendo sus efectos legales que el actor nunca se trasladó al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones.

Ello, ya que si bien el demandante para el 11 de abril de 2022 cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con cerca de 60 años de edad y por tanto se encontraba inmerso en la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en cuanto indica que “...el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”; tal situación no repercute en el presente asunto, como quiera que es la misma jurisprudencia laboral la que ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar

“...con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP...”; pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren *“...al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...”* (Sentencia CST SL1452 de 2019), por lo que en nada interfiere la edad del demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se repite, no se demostró que la AFP 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 28 de octubre de 1994 cuando tenía 32 años de edad, pues *“...el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre)...”* (SL4360-2019),

siendo una razón más, para avalar la decisión del juzgador de primer grado, en este aspecto.

Referente a lo señalado por Colpensiones en sus alegaciones en segunda instancia, sobre la falta de acreditación de vicios de consentimiento, baste señalar que lo declarado es la ineficacia del traslado y no la nulidad del acto por vicios del consentimiento; por consiguiente, no hay lugar a resolver lo atinente al término que tenía la demandante para interponer la acción de rescisión por vicios de nulidad, consagrada en el artículo 1750 del C.C., ni un eventual saneamiento como Colpensiones lo aduce. Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL4360 de 2019 reiterada en SL 4161 de 2020, señaló lo siguiente:

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

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

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

En cualquiera de sus modalidades (absoluta y relativa), la nulidad es una sanción que impide que el acto jurídico produzca efectos desde el momento de su formación, por faltarle alguno de los

requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes (artículo 1740 del Código Civil). En este evento, el acto existe, pero está viciado por falta de alguno o algunos de los elementos de validez.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, en cuanto a que tal determinación -la ineficacia del traslado de régimen- afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; debe recordarse que el juzgador de instancia, en su sentencia ordenó a la AFP PORVENIR S.A. trasladar a Colpensiones *“...los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Alberto Franco Sandoval, incluidas las cuotas de administración y comisiones que hubiese cobrado...”*; al igual que a la AFP PROTECCIÓN S.A. devolver *“...los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual del demandante Alberto Franco Sandoval, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, y en general cualquier emolumento que en razón a la afiliación haya sido debitado o se encuentre en su poder...”*; sin precisar lo referente al traslado de dineros correspondientes a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima individual, conceptos que, de conformidad al criterio jurisprudencial, corresponden al aporte del afiliado en el que fue distribuido o repartido el mismo durante su permanencia en cada uno de los fondos privados.

Al respecto, debe decirse que aunque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar por cuanto ordenaba repartirlo, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y el resto del aporte se destinaba para el pago de la pensión de vejez, dicha norma fue modificada por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003

que, si bien no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, sí lo hizo en el régimen de ahorro individual, por lo que a partir de ese momento frente a este último régimen un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% está destinado a financiar la pensión de vejez, lo que genera que el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media sea mayor que en el de ahorro individual, por lo que lógicamente se afectaría la sostenibilidad financiera de Colpensiones al producirse el traslado de régimen en las condiciones determinadas por la a quo, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 510 de 2003, compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016, dichos recursos del fondo de garantía de pensión mínima los manejan las AFP en una subcuenta separada, por lo que en ese orden, debe darse aplicación al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que preceptúa que cuando se realice el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media no solamente debe trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, como la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de las AFPS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES debe ser plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por ésta última entidad para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el Régimen de Prima Media Con

Prestación Definida; esta Sala, atendiendo el grado de consulta a favor de la entidad pública demandada, modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que también dichas administradoras privadas reintegrarán a Colpensiones no solo los valores ordenados por el juez, frente al capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y, gastos de administración, sino también las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, así como los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, precisando que las sumas dispuestas deberán reintegrarse con cargo a sus propios recursos y debidamente indexadas, como lo dispuso la CSJ en sentencia SL5686-2021; es decir debe trasladar todos los aportes sufragados por el demandante, con los rendimientos obtenidos y demás conceptos en que se distribuyeron o repartieron dichos aportes durante el tiempo que estuvo afiliado el actor al RAIS, ya que debieron ser recibidos por el ISS en su momento, hoy Colpensiones, dado que al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia legal es que las cosas vuelvan o se retrotraigan a su estado inicial, ya que *“...desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima...”* (Sentencia CSJ SL2209-2021, radicación No. 87777 de 26 de mayo de 2021); esto por cuanto Colpensiones es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional; por ello, no es factible acceder a lo peticionado por Porvenir S.A., en sus alegaciones de segunda instancia, respecto a que se ordene la

indexación de tales emolumentos, pues la misma procede conforme al criterio jurisprudencial enunciado.

Sobre la devolución de los conceptos mencionados, se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 2877 del 29 de julio de 2020, en la que concluyó que:

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia, al surtirse el grado jurisdiccional de

consulta en favor de Colpensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la sentencia dictada el 24 de febrero de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá– Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por **ALBERTO FRANCO SANDOVAL** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTRAS;** en el sentido de indicar que las **AFPs PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** deberán reintegrar a **COLPENSIONES** además de los valores ordenados por el juzgador de primer grado, respectivamente, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, acorde con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

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

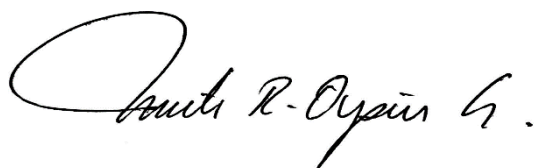
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, al no encontrarse causadas.

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

NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria