

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: **Ordinario**
Radicación No. **25899-31-05-001-2022-00013-01**
Demandante: **DIEGO LUIS RAMÍREZ BORBÓN**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, Y OTRAS**

En Bogotá D.C. a los **30 DIAS DEL MES DE AGOSTO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral integrada por los Magistrados **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien actúa como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022. Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la demandada Colpensiones, contra la sentencia proferida el 11 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá –Cundinamarca-, dentro del proceso de la referencia

Previa 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

DIEGO LUIS RAMÍREZ BORBÓN, demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a las **ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y **PORVENIR S.A.**, para que previo trámite del proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de la afiliación del régimen de prima media con prestación definida al régimen

de ahorro individual con solidaridad que realizó el actor, por haberse incumplido por parte de la AFP los deberes de información “suficiente y cierta” previo al traslado y de buen consejo durante el tiempo que permanecido en dicha AFP, no le informó de manera clara sobre el derecho de retracción, ni que podía trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad para obtener la pensión de vejez; en consecuencia se ordene el traslado o regreso del demandante al régimen de prima media con prestación definida, y se liberen todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, cuotas de administración, rendimientos, etc., lo ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones se expone en la demanda que el actor nació el 16 de septiembre de 1961, que inició su vida laboral el 28 de noviembre de 1988, cotizando al régimen de prima media con prestación definida en el entonces Instituto de Seguro Social hasta el 1° de enero de 2001 cuando se trasladó a la AFP Porvenir S.A.; que en visita efectuada por un asesor de dicho fondo, en las instalaciones del empleador MATEC LTDA., *“...en forma grupal y por orden del jefe de recursos humanos se le informó a mi poderdante que tanto el Instituto de Seguro Social “I.S.S”, como “CAJANAL”, iban a ser liquidados o intervenidos por el Estado y que por ello sus aportes pensionales se encontrarían en riesgo...”*, sin que le informaran las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, la naturaleza propia de dicho régimen de capitalización, no le dieron información necesaria, de manera clara sobre las ventajas o desventajas de cada régimen, el derecho de retractación, que podía trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años para cumplir los 62 años de edad; tampoco lo ilustraron sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen pensional, durante su permanencia en el RAIS nunca recibió asesoría profesional sobre la diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional.

Sostiene que no se le ilustro que la pensión en el régimen de ahorro individual dependía de la edad del pensionado, su grupo familiar, determinando la expectativa de vida de los beneficiarios en caso de una sustitución pensional, el capital acumulado a la fecha del cálculo, la tasa de rentabilidad esperada del fondo especial de retiro programado a largo plazo; que ante la falta de información de las AFP, en diciembre de 2021 solicitó ante Colpensiones activar su afiliación en dicho régimen, entidad que con oficio de fecha 10 de diciembre de 2021 BZ2021_14832814-3114012 negó el traslado con fundamento en el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que los fondos privados demandados no cumplieron con las obligaciones establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, es decir *“...no suministró información necesaria antes del cambio de régimen pensional y durante todo el tiempo que mi porhijado ha estado vinculado en el RAIS...”*; contrariando lo previsto en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, lo que trae como consecuencia la ineficacia de la afiliación al RAIS. (fl. 1 a 22 PDF 01).

La demanda fue repartida al **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca**, el 24 de enero de 2022 (PDF 02); autoridad judicial que la admitió con auto de 3 de febrero 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 Colombiana de Pensiones Colpensiones**, dentro del término legal, por conducto de apoderada contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, considerando que dentro del

expediente no obra prueba alguna que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la parte demandante, al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente en el presente caso la parte accionante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, no precedería el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual reza “...Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuándo le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”.

En el capítulo de RAZONES Y FUNDAMENTOS DE DERECHO, sostiene que las pretensiones del accionante no están llamadas a prosperar, especialmente lo relacionado a que Colpensiones acepte la vinculación del demandante, al sistema de seguridad social de prima media con prestación definida, dado que aquel no es beneficiario del régimen de transición; para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorno el actor 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 aquel no hizo uso de los derechos de los afiliados, ya que no hizo uso del derecho de retracto, el cual da al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su elección en cualquiera de los dos regímenes dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual haya manifestado por escrito la correspondiente selección; y cuando se trasladó al RAIS, se encontraba frente a una mera expectativa, ya que

para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1° de abril de 1994, contaba con 33 años de edad y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicios para querer regresar al RPM en cualquier tiempo; reiterando que el accionante no reúne los requisitos legales para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

También considera que no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del C.C., que establece que es nulo todo acto o contrato al que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento. Pues conforme el artículo 1750 ídem, tenía un plazo de cuatro (4) años, vale decir hasta el 2005, y no lo hizo; por lo que de considerarse que existió la nulidad alegada la misma fue saneada en los términos del apartado 1752 íbidem, 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.

Señala que la declaratoria de nulidad, afecta en lo atinente a los sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en Enero de 2001, queriendo decir esto que ha transcurrido más de 20 años a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, por lo cual es completamente aplicable a estos casos el principio que reza *“nadie está obligado a lo imposible”*.

En su defensa formuló las excepciones de mérito o fondo que denominó: Descapitalización del sistema pensional, Inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, Prescripción, Caducidad, Inexistencia de causal de nulidad, Saneamiento de

la nulidad alegada, No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la “Innominada o Genérica” (fls. 2 a 32 PDF 07)

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, dio respuesta a la demanda oponiéndose a las pretensiones, sostiene que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993. Así mismo, y tal como se desarrollará a lo largo de este escrito, en el presente caso, no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia e la afiliación del demandante al RAIS, por el contrario, se evidencia que el accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones. Si bien, el demandante alega una falencia en la información entregada por mi representada, debe tenerse en cuenta que, la estructura y condiciones del RPM y del RAIS se encuentran cabalmente estipulados en la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, por lo que no resulta plausible que el demandante alegue que no fue asesorado de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente sobre las diferencias de los regímenes, los beneficios y desventajas al momento de suscribir el formulario de afiliación a PORVENIR.

Precisa que, el demandante tuvo una primera vinculación con la AFP COLFONDOS, luego se trasladó nuevamente al RPM administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, y posteriormente decidió efectuar un tercer traslado de régimen pensional a través de la AFP PORVENIR S.A., aunado a que en los hechos que relata lo que está haciendo es alegar la propia culpa en su beneficio, pues es indispensable manifestar que contaba con las condiciones necesarias y suficientes para verificar, corroborar y ampliar la

información otorgada por parte de los fondos a los que ha estado vinculado. Cosa diferente es que la parte actora, en el marco de una actuación contraria a la de un buen padre de familia, no realizó ninguna gestión tendiente a informarse sobre su futuro pensional; que, el actor no puede alegar su voluntad de retornar al RPM, cuando teniendo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto no lo hizo y, teniendo la posibilidad de trasladarse de régimen, resolvió continuar haciendo sus aportes.

Igualmente menciona, que, para la fecha del traslado del RPM al RAIS, los fondos de pensiones contaban con unas obligaciones establecidas de manera expresa en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, por lo cual no se puede imponer a las administradoras de pensiones obligaciones que no se tenían para el momento en que se efectuaron las afiliaciones. Nótese que, sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, que las AFP adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general. De hecho, la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, nace sólo a partir del inciso 4° del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010.

Indica en el acápite de HECHOS, FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA DEFENSA, que *“...No existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o a la nulidad del acto jurídico por medio del cual el demandante se trasladó de régimen pensional. La decisión tomada por el accionante se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas que se hallaban vigentes para la fecha en que se produjo, pues: (i) antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; (ii) suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria; (iii) en cumplimiento de las exigencias legales, al*

suscribir la solicitud de vinculación, con la cual se concretó su traslado de régimen, manifestó en forma expresa que lo hacía en forma voluntaria y libre. Así las cosas, se tiene que la firma del formulario de afiliación no puede ser considerada como un mero requisito formal o una manifestación vacía sin ninguna consecuencia, en cuanto corresponde a una exigencia normativa que, por lo tanto, no puede ser ignorada, como tampoco pueden ser desconocidos los efectos que produce. La circunstancia de que conste en un formulario previamente impreso no le resta validez a lo manifestado, ya que corresponde a una expresión inequívoca de la voluntad del demandante. Es claro, así las cosas, que el acto de traslado de régimen es completamente válido, pues cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad entonces vigente y no pesa sobre él ningún vicio u omisión que lo invalide...”.

En su defensa, formuló además de la exención previa de *no comprender la demanda a todos los Litis consorcios necesarios*, los medios exceptivos de fondo o mérito denominados: Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (fls. 2 a 34 PDF 08).

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.**, dejó transcurrir el término de traslado en absoluto silencio, por tanto, con auto de 26 de mayo de 2022, el juzgado de conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de ésta accionada (PDF 10).

En audiencia del artículo 77 del CPTSS, llevada a cabo el 5 de agosto de 2022, al resolver la excepción previa formulada por la accionada Porvenir S.A, denominada *no comprender la demanda a todos los Litis consorcios necesario*, se declaró probada la misma y se dispuso **la vinculación de COLFONDOS S.A.** disponiéndose su notificación en los términos de ley (Audio y acta, PDFs 13 a 15); sin que dicha entidad hubiere dado respuesta a la demanda, como se advierte en auto de 15 de septiembre de 2022, al darse por no contestada la demanda por parte de dicha sociedad (PDF 18).

III. SENTENCIA DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, mediante sentencia del 11 de octubre de 2022, decidió:

“(...) DECLARAR la ineficacia del traslado que se produjo del aquí demandante, el señor DIEGO LUIS RAMÍREZ BORBÓN a la sociedad de pensiones PORVENIR S.A. con fecha de radicación del año 2001..

Y en consecuencia de esa ineficacia, ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES que asuma al aquí demandante como afiliado, teniendo en cuenta que las sociedades acá previo a asumirlo, la Sociedad acá FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., deberá pagar a COLPENSIONES, todos y cada uno de los rendimientos financieros y el pago de los aportes que hubiese efectuado el aquí demandante por pensión, junto con los rendimientos financieros y los gastos por concepto de administración, de manera indexada a Colpensiones.

En consecuencia se ABSUELVE a COLFONDOS S.A de todas y cada una de las suplicas de esta demanda, pues efectivamente no aparece en lo que respecta a la condena de devolución, porque pues efectivamente se le vincula en la nulidad e ineficacia de traslado, pero en lo que respecta a condenas económicas se ABSUELVE a COLFONDOS, pues está claro que no tiene afilado al aquí demandante y en consecuencia, como se dijo se CONDENA a COLPENSIONES a asumir como afiliado al aquí demandante previo a que se le haga el correspondiente traslado de esa devolución que se dio en esta sentencia.

Este Despacho, se abstiene de condenar en costas y agencias en derecho a Colpensiones como quiera que se trata de un punto de derecho a discutir y a las demandadas...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 19 y 20).

IV. RECURSO DE APELACIÓN DE LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

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

“(...) Gracias su señoría. Por parte de Colpensiones muy respetuosamente me permito presentar recurso de apelación contra la presente sentencia, teniendo como fundamento lo siguiente:

1°. Sobre la prohibición legal: Se debe reiterar que al momento de la solicitud que elevó el demandante del retorno al Régimen de Prima Media, el mismo se encontraba dentro de la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión.

2°. Sobre no acreditar vicios del consentimiento: Dentro del expediente no obra prueba alguna que se demuestre que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del CC. Ahora bien, no nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y el fondo privado, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

No obstante, la nulidad pretendida no se alegó dentro del término que se refiere el artículo 1750 del CC, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará 4 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, como en el presente caso, se hizo en el mes de enero de 2001, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse solicitado antes de enero del año 2005.

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

3°. Respecto a la carga de la prueba: En el presente caso no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio en el consentimiento entendido como el deber de información. En el presente caso se torna imposible probar hechos ocurridos en el año 2001, habiendo transcurrido más de 21 años a la fecha, siendo perfectamente aplicable al presente caso el precepto que reza que nadie está obligado a probar lo imposible.

4°. 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 materializó a través de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso del actor el cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado en el año 2001..

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.

5°. 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, se manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario 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.

Por las razones expuestas en precedencia, se solicita a los señores Magistrados, revocar la presente providencia y en consecuencia, se absuelva a Colpensiones”

La juez de conocimiento concedió el recurso interpuesto. Recibido el expediente por la Secretaría del Tribunal fue asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSION:

En el término concedido en segunda instancia para alegar, las accionadas Colpensiones y Porvenir S.A., presentaron alegaciones ante la Corporación, de la siguiente manera:

La **Administradora Colombiana de Pensiones - 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 demanda (sic) a que hubiera lugar, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos...”; y que “...no sea condenada en esta instancia a mi representada en costas, toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a COLPENSIONES...”.; para lo cual, menciona:

“(...) 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 el 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 se hizo en **Enero de 2001**, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de **Enero de 2005**.*

Debe igualmente el despacho tener en cuenta que existió ratificación expresa o tácita que sanea el presunto vicio del contrato y, en el presente asunto el DEMANDANTE saneó la nulidad por la ratificación tácita que autoriza el artículo 1754 ibídem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizo el traslado de régimen en su momento, ello si se tiene en cuenta que el DEMANDANTE durante todo este tiempo (diligenciamiento del formulario de cambio de régimen hasta la fecha de presentación de la demanda), ha consentido en que se le hagan los descuentos respetivos con destino al ahorro individual.

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

En el presente caso se torna imposible probar hechos ocurridos en el año 2.007, hace más de 14 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 materializó a través de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso del actor el cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado en 1.995 (sic).

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

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

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

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

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

En segundo término, desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material, al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas...” (PDF 06 Cdno. 02SegundaInstancia).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., precisa que, aunque no presentó recurso ordinario de apelación, solicita revocar la sentencia, por cuanto en su sentir, no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional; sosteniendo:

“(...) Cabe señalar que el traslado efectuado por el demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

De igual manera, el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto desanimar al demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individuales subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad. Toda vez que, la finalidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, para lo cual puso a competir a dos alternativas que, a pesar de ser excluyentes, tiene beneficios que son equiparables.

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

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

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

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

En este sentido, es claro que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por el demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación del demandante. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con mucha posterioridad, como se explicó con antelación.

Asimismo, es pertinente señalar que el demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, toda vez que para el momento en que se vinculó a PORVENIR, la normativa vigente correspondía al texto original del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Es decir, que el demandante no contaba con ningún limitante para retornar al RPM 3 años después de realizada la vinculación con mi representada, no obstante, lo anterior, decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria.

Conforme al interrogatorio de parte, rendido por el demandante, se verifica que le fue explicado las características del RAIS, en la asesoría de traslado con la AFP COLFONDOS y PORVENIR. Adicionalmente, tenía la posibilidad de ostentar rendimientos en su cuenta de ahorro individual y la posibilidad de realizar aportes voluntarios; y demás afirmaciones que expone en su interrogatorio, que permite colegir que, si se le brindó la asesoría exigida, y, por ende, mi representada si cumplió con su deber de información exigido, como lo establece la Honorable Corte Suprema de Justicia al consagrar la primera etapa acumulativa del deber de información.

Es por esto que no puede exigirse a las (sic) fondos de pensiones que prueben sólo documentalmente su deber de información; existe otros medios probatorios para hacerlo, como lo es, el interrogatorio de parte; y conforme a este, se prueba, que si le informaron características del RAIS, en el momento de la asesoría, y que la intención con este proceso, no es otro sino, su traslado al Régimen de Prima Media por circunstancias meramente económicas y no, por haber existido deficiencia en el deber de información por parte de la Administradora de Fondo Privado en la asesoría de traslado de régimen.

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

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

“No obstante, en cuanto a las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen, el legislador dispone reglas que no permiten que su resultado sea comparable, si bien su finalidad es en ambos casos la “garantizar a la población, el amparo contra la contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones”, en el Régimen Solidario de Prima

Media con Prestación Definida (RPM), los afiliados obtienen prestaciones cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley y en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) las pensiones y prestaciones que se reconocen dependen directamente de los valores ahorrados en la cuenta individual de los afiliados”

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

Es decir, de considerarse que habrá lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, basta subrayar ante el juzgado de primera instancia, que las determinaciones que adopte deberán estar en consonancia con la declaratoria que, como lo ha explicado en reiterada jurisprudencia la Honorable Corte Suprema Justicia, supone que las cosas deben retrotraerse a su estado anterior sin solución de continuidad sin que la afiliación al RAIS hubiese existido. Resulta claro, entonces, que para todos los efectos de traslados de recursos del régimen de prima media debe tenerse en cuenta la rentabilidad mínima de las reservas de Colpensiones, de tal suerte que con base en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de declararse ineficaz una afiliación al RAIS, constituiría un híbrido absolutamente extraño y alejado de los efectos jurídicos de la ineficacia exigir entregar a Colpensiones los recursos de la cuenta individual del afiliado con los rendimientos obtenidos en el RAIS, cuando lo que se ha manejado por parte de esta doctrina de la Corte es que las cosas deben volver a su estado anterior, esto es, debe considerarse como si el afiliado siempre hubiese mantenido su vinculación al régimen de prima media con prestación definida, para todos los efectos, lo que en sana lógica implica que los rendimientos que (sic)

Por esta razón, debe señalarse que de ser declarado ineficaz el traslado el efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deben corresponder a los que generan las reservas del ISS hoy Colpensiones y no los que se generaron en el régimen de ahorro individual con solidaridad; pues no tendría sentido que, si el traslado del RAIS no surtió ningún efecto legal, se obligue a trasladar los rendimientos propios de este régimen. En caso contrario, por efecto de las restituciones mutuas, al trasladar los frutos generados por el régimen del cual se predica nunca existió el afiliado, deberá reconocerse en consecuencia los gastos en que incurrió para poder administrar el pago de dichos aportes que se entendían realizados al RPM, gastos que se sintetizan en la comisión de administración y las primas del seguro previsional para efectos de la cobertura pensional en los casos de invalidez y muerte.

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

Lo anterior, por cuanto a juicio de mi representada las sumas correspondientes a los gastos de administración, tienen una destinación específica por mandato legal,

la cual fue cumplida plenamente por mi representada, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la demandada, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaron la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, y cuyos rendimientos fueron reconocidos al accionante.

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

Ahora bien, en lo que corresponde a la restitución de los conceptos de primas de los seguros previsionales, no puede desconocerse que dichos conceptos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las derivadas de invalidez y sobrevivencia, y cuyo objetivo se cumplió, pues la cobertura de la compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo, por ser material y jurídicamente imposible. Por esa misma razón, resulta inviable que se restituyan las sumas que sirvieron para que esa cobertura se presentara, con mayor razón si no cumplirían ningún objetivo en el Régimen de Prima Media, en el cual no existe la necesidad de contratar seguros previsionales para los fines que sí están previstos en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En igual sentido, debe indicarse que la devolución de los gastos de administración y de lo pagado por concepto de prima del seguro previsional resulta improcedente de conformidad con lo conceptualizado por la Superintendencia Financiera de Colombia”, entidad encargada de vigilar, entre otras, a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto de los temas de su competencia, al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, que lo es el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que, por cualquier circunstancia, sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que, desde luego, incluye las restituciones que deben hacerse cuando se ordene la nulidad o la ineficacia del traslado, y al respecto señaló “De esta manera, la normatividad existente permite inferir que en caso de resultar necesario un traslado de recursos del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media, lo procedente, además del traslado de la información correspondiente a la historia laboral de la afiliada, es el traslado del valor de la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y lo correspondiente a la garantía de pensión mínima con sus rendimientos”, lo cual debe hacerse también cuando se declare la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, “...respetando la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por la administradora que genere los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino”.

En cuanto a las sumas pagadas por concepto de primas de seguros previsionales se ha pronunciado de la siguiente manera: “...en atención a que el porcentaje de la prima del seguro previsional ya fue sufragado y la aseguradora cumplió con su

deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, este Despacho no considera viable el traslado de dichos recursos en el caso consultado...”

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

De cualquier manera, se solicita no agregar la condena de 2 instancia a la devolución de los emolumentos indexados, debe tenerse en cuenta que se estaría incurriendo en una doble condena a mi representada. En efecto, también en el fallo condenatorio se está obligando al reintegro de los rendimientos. De tal manera, si se debe regresar estos últimos valores, que son dineros actuales, no se puede entonces generar una entrega de dineros también indexada, ya que esos generan una actualización de la moneda, entonces se estaría generando una doble condena por el mismo concepto. Tal y como lo ha reconocido el Honorable Tribunal de Cundinamarca en la sentencia 2021-00111 con la Ponencia del Magistrado JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA...” (PDF 05 Cdno. 02SegundaInstancia).

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación. No obstante, también se surtirá el grado de consulta a favor de Colpensiones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 y lo expuesto por la jurisprudencia laboral, entre otras en la sentencia CSJ SL 2807-2018 Rad. 68769.

Inicialmente, se debe precisar frente a la solicitud que hace el apoderado de la demandada Porvenir S.A. en sus alegatos de segunda instancia, en el sentido que se revoque la sentencia de primer grado, que no hay lugar a tener en cuenta tal pedimento, como quiera que dicha parte

no interpuso recurso de apelación, por lo que su manifestación al respecto en esta oportunidad deviene en extemporánea.

Precisado lo anterior, se advierte conforme a lo sostenido por la apelante, que corresponde a esta instancia verificar, si se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó la juez, o, por el contrario, no hay lugar al mismo debiendo absolverse a 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, en sede de consulta, si resulta procedente o no, ordenar el traslado de las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, los bonos pensionales, sumas previsionales, así como la indexación de dichos valores.

Al respecto, debe indicar la Sala 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 1999, 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.

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

Ahora, dentro de las características 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).

También, 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).

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 respectivo consentimiento informado que previamente otorgó el respectivo afiliado, siendo este un presupuesto de inversión de la carga probatoria en este tipo de litigios, estimándose que solo con tal acreditación lo dispuesto dentro de las actuaciones de traslado de régimen goza de plena validez.

En cuanto a lo anterior, considera la jurisprudencia que dentro de las circunstancias previamente narradas, surge el interrogante de cuál de los

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

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

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

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

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

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

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

Bajo ese contexto, en el presente asunto, se advierte que la aquí demandante nació el 16 de septiembre de 1961 como se advierte de su cédula de ciudadanía (fl. 23 PDF 01); que cotizó para los riesgos de IVM al ISS de manera interrumpida entre el 28 de septiembre de 1988 y el 30 de noviembre de 1994 un total de 289.80 semanas; que de septiembre de 1995 a marzo de 1999 estuvo afiliado a Colmena; entre junio y septiembre de 1999 figuran aportes al entonces ISS hoy Colpensiones, cotizando un total de 166.20 semanas, conforme HISTORIA LABORAL CONSOLIDADA de Porvenir S.A. (fl. 34 a 38 PDF 01); que se afilió a PORVENIR S.A. en febrero de 2001, según dicha historia laboral (fl. 39 y 40 PDF 01); evidenciándose que en noviembre de 1994 el actor se trasladó a Colfondos, en abril de 1999 retornó al ISS, y el 31 de enero de 2001 efectuó traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, a través de la afiliación efectuada a la aquí demandada Porvenir S.A., como se advierte del certificado de SIAFP (fl. 36 PDF 08); pues tales situaciones fácticas no fueron objeto de reparo alguno por las partes.

Para proferir su decisión, al juzgadora de primer grado, consideró que había lugar a declarar la ineficacia de afiliación pretendida por el demandante, toda vez que: *“(...) está probado dentro del presente proceso que el aquí demandante si tiene una vinculación inicial a Colpensiones, que posteriormente retornó al RAIS, y luego vuelve otra vez a Colpensiones y de Colpensiones vuelve otra vez y se traslada al RAIS; aquí es claro entonces que inició en Colpensiones, de Ahorro Individual, de Ahorro Individual retornó a Colpensiones y de Colpensiones volvió a retornar al régimen de ahorro*

individual; eso es importante porque hay dos traslados, sin embargo el último es el que cuenta para todos los efectos, que es el que efectivamente se hace en el año 2001 de acuerdo con lo que obra dentro del expediente y las pruebas que obran dentro del plenario. Ahora bien, se debe decir por parte de este estrado judicial, que si bien en el interrogatorio de parte el aquí demandante se aprecia que tiene conocimiento mediano en relación con las reglas del régimen de ahorro individual, pues habla en su interrogatorio de parte de rendimientos, habla de aportes voluntarios, y habla también que por estar a punto de pensionarse fue su interés tramitar el traslado al fondo otra vez a Colpensiones, traslado que fue negado, también lo es que si bien el aquí demandante tiene un mediano conocimiento de lo que significa estar en el régimen de ahorro individual, dicho mediano conocimiento no satisface las reglas jurisprudenciales de la asesoría debida que debió darse por parte de los fondos privados al aquí demandante, esto teniendo en cuenta que no aparece demostrado dentro del presente proceso que el aquí demandante hubiese recibido una información clara para tener realmente un conocimiento pleno de cuáles eran los beneficios de estar en el régimen de ahorro individual o en el régimen de prima media en este caso. Debe tenerse entonces que las administradoras de pensiones son fondos de pensiones del régimen de ahorro individual, están sujetos al estatuto orgánico del Sistema Financiero, lo que implica que en cabeza de ellos está el deber de información, de una adecuada información y que obviamente son ellos los que deben probar la debida diligencia y cuidado en la medida que debieron emplearlos de conformidad con el artículo 1604 del C.C. Ahora acá, no evidencia entonces el despacho dentro del presente proceso, que se le hubiese dado al demandante una información clara, comprensible y suficiente que hubiese estado guiada básicamente a orientarlo en relación con los beneficios, el monto de la pensión, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizan y las implicaciones de la conveniencia o no de una eventual decisión de mantenerse en un régimen o en otro. Hay en este caso y así lo considera la Corte, que hay ineficacia cuando hay una insuficiencia en la información que afecta los intereses del afiliado en procura de reivindicar su acceso a su derecho y acceso a su derecho mismo, no es suficiente entonces siempre lo ha dicho la corte, la suscripción de los formularios, el cotejo de la información, sino que deben indicarse cuales son los aspectos positivos y negativos de la vinculación para tomar una decisión. En este caso, claro es que no está demostrado que el aquí demandante hubiese tenido la debida asesoría por parte de los fondos privados en el presente caso. Se habla acá básicamente en el interrogatorio de parte de un mediano conocimiento que se le otorgó en el momento de la afiliación, pues ha de ser y ha de tenerse en cuenta que fueron dos afiliaciones, dos tipos de traslados que se producen acá al régimen de ahorro individual, pero, sin embargo, es claro que siempre fueron en el contexto como se indica de las reuniones y que realmente los asesores no dieron la información clara y suficiente en relación con la pensión. Así, este despacho lo puede deducir del interrogatorio de parte cuando se le pregunta al aquí demandante y él dice que hace 3 o 4 años que empezó a interesarse por el tema de su pensión,

porque se acercaba la edad de su pensión. Esto lleva necesariamente a concluir que al momento, es decir con la debida antelación, esto es años atrás no se le informó realmente de los riesgos o de los beneficios callando, es decir, dando la debida información respecto de lo bueno sin maximizar lo, o callando lo negativo en el presente caso, que es el deber de la información para que esta información se considere como una información completa en la medida en que se trata acá de un deber de dar una verdad objetiva respecto de los regímenes estando en claridad de no sobredimensionar lo bueno, callar lo malo o parcializar lo neutro., eso también lo ha indicado la corte.(SL1688 del 2019). Esto lleva entonces necesariamente a concluir, que al no existir la debida, aprobado dentro del presente proceso la debida infamación por parte de las entidades del fondo de pensiones de carácter privado, forzoso es de concluir que debe declararse la ineficacia respecto de este último traslado, debiendo entonces ordenarse a Porvenir la devolución de los aportes a pensión, rendimientos financieros y los gastos administrativos al ISS...”.

En ese orden de cosas, 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 prueba alguna que permita afirmar que aquel, antes de trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., el 1° de febrero de 2001, hubiese recibido información clara, cierta, comprensible, oportuna y, suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento, pues no se allegó algún medio de convicción que evidencie tal situación, ni siquiera se aportó el formulario o formato de solicitud de vinculación correspondiente.

Y es que, nuevamente se reitera, la circunstancia que el demandante hubiere firmado formulario, situación que se indica porque así lo aceptó éste en el interrogatorio; 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, si bien el accionante en su interrogatorio de parte admitió que los asesores de Porvenir le habían indicado situaciones como que sus aportes tendrían *“...mayores intereses, ellos iban a hacer inversiones en algunas empresas y podían generar mayores intereses y eso redundaba en que los ahorros iban a mejorar...”*, así como que podía hacer aportes voluntarios y que de hecho efectuó algunos; tal situación no lleva a considerar que la AFP cumplió con su deber de información, dado que no se advierte que al actor el 1° de febrero de 2001 se le hubiere suministrado la información necesaria, completa, veraz y suficiente para tomar esa decisión, ya que si bien se advierte un mediano conocimiento, debe recordarse que éste preciso que hace 3 o 4 años empezó a interesarse por el tema de su pensión porque se acercaba la edad de su pensión; sin que con tal situación pueda convalidar la omisión advertida frente a la obligación de la AFP de suministrar la información necesaria y adecuada; como tampoco el hecho de haber efectuado los aportes respectivos, ratificaba su voluntad de permanencia en el fondo, como lo señalan las accionadas, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia, tal situación *“...no reemplaza o suple la omisión de la entidad*

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.

administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado...” (Sent. CSJ SL5686-2021, Radicación No. 82139 de 6 de octubre de 2021); aunado a que en casos como el presente, que se alega el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones, los actos u omisiones posteriores del afiliado, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, ya que al ser posteriores deja intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse; por lo que *“...lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS...”* (Sent. CSJ SL1055-2022, Radicación No. 87911 de 2 de marzo de 2022)

Aunado a lo anterior, a manera de ejemplo, adviértase que la asesoría brindada tampoco fue completa o suficiente, dado que no aparece acreditado que se le explicara en la fecha del traslado –1° de febrero de 2001– cuáles eran las modalidades de pensión en el régimen de ahorro individual, como iban a operar las cotizaciones en el RAIS, esto es que se constituiría una cuenta de ahorro individual a su nombre, que en caso de fallecimiento los beneficiarios podían acceder a lo que tuviere en dicha cuenta, tampoco le indicaron sobre el monto de su mesada en cada uno de los regímenes, ni que se podía pensionar anticipadamente, etc.; dado que no aparece evidencia de esas situaciones; aspectos que en el caso del demandante tenía una implicación relevante respecto a la fecha en que podía eventualmente obtener su estatus de pensionado, es decir que no se le brindó esa información transparente, completa, detallada en relación con su situación particular, dado que el actor aseveró en el interrogatorio de parte que esa información no se le suministró, y se reitera no se advierte de la documental adosada por la accionada, que esa información se le hubiere suministrado.

Por consiguiente, 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 en consecuencia, 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 como se indicó la aceptación de ciertos aspectos, no permite tener por satisfecho plenamente el requisito aquí analizado; pues en términos generales éste manifestó que al momento de suscribir el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR en el año 2001, el asesor no le explicó cómo iba a obtener su pensión, ni otra información sobre el particular; y es que se reitera, la firma en el formato preimpreso que suscribió el actor, no es suficiente para tener por demostrado el deber que le correspondía a la AFP demandada, ni tampoco la información somera recibida; 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 10 de diciembre de 2021, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con más 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 de la demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se repite, no se demostró que la PORVENIR 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 1° de febrero de 2001, cuando tenía 39 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):

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otra parte, en cuanto a que la “...declaración **injustificada** de ineficacia de traslado de un afiliado al Régimen de Prima Media al Rais, afecta la sostenibilidad financiera de sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados...”, como también lo sostiene Colpensiones en sus alegaciones; debe en primer lugar aclararse, que en este caso no se está disponiendo la ineficacia del traslado de *manera injustificada*, sino que tal decisión se adopta ya que luego de un riguroso estudio, atendiendo parámetros constitucionales, legales y jurisprudenciales, se advirtió que la

AFP aquí demandada no cumplió y omitió los requisitos establecidos para tal efecto, conllevando tal conducta la declaratoria de ineficacia del traslado; ante la omisión e incumplimiento de los deberes que le atañen a las AFP frente a sus afiliados.

Ahora, respecto a que tal determinación -la ineficacia del traslado de régimen- afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; debe recordarse que la juzgadora de instancia, en su sentencia ordenó a la AFP PORVENIR S.A. devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado en la cuenta individual de la accionante, junto con los rendimientos financieros, los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración; sin hacer mención alguna a los dineros correspondientes a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima individual, ni lo relativo a la redención de eventuales bonos pensionales.

Sobre este aspecto, debe decirse que aunque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar por cuanto ordenaba repartirlo, tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y el resto del aporte se destinaba para el pago de la pensión de vejez, dicha norma fue modificada por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003 que, si bien no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, sí lo hizo en el régimen de ahorro individual, por lo que a partir de ese momento frente a este último régimen un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% está destinado a financiar la pensión de vejez, lo que genera que el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media sea mayor que en el de ahorro individual, por lo que lógicamente se afectaría la sostenibilidad financiera

de Colpensiones al producirse el traslado de régimen en las condiciones determinadas por la a quo, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 510 de 2003, compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016, dichos recursos del fondo de garantía de pensión mínima los manejan las AFP en una subcuenta separada, por lo que en ese orden, debe darse aplicación al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que preceptúa que cuando se realice el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media no solamente debe trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, como la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de la AFP Porvenir S.A. a Colpensiones debe ser plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por Colpensiones para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida, esta Sala, modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que también dicha administradora privada reintegrará a Colpensiones no solo los valores ordenados por la juez, frente al capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, sino también las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, así como los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, al igual que el bono pensional que se relaciona en la historia laboral (fls. 38 a 41 PDF 08); 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.

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” ...”.*

Y es que, aunque la demandada Porvenir S.A. en sus alegaciones en segunda instancia, sostenga que no procede la indexación de los valores a reintegrar, por cuanto *“...se estaría generando una doble condena por el mismo concepto. Tal y como lo ha reconocido el Honorable Tribunal de Cundinamarca en la sentencia 2021-00111 con la Ponencia del Magistrado JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA...”*; debe precisarse al respecto, que haciendo un nuevo estudio y análisis del tema, atendiendo los pronunciamientos recientes de la máxima Corporación de cierre de la justicia ordinaria, cuyo precedente vertical es de obligatorio

cumplimiento para los jueces del trabajo; donde se señala que dicha actualización procede como efecto de la decisión adoptada, esto es la ineficacia del traslado; al sostener “*...Por tal razón, tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual, sus rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y las primas de los seguros previsionales, sumas debidamente indexadas, pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020)....”*; como lo adoctrinó la CSJ, entre otras, en sentencia SL1637-2022, Radicación No. 89208 de 11 de mayo de 2022. Por consiguiente, con esta decisión se recoge cualquier otro criterio dispuesto en sentido contrario y en específico lo señalado en la providencia mencionada por la demandada frente a la indexación; atendiendo lo ya referido.

En ese orden de cosas, al no disponerse en la primera instancia la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, en sede de consulta, se modificará el alcance de la condena, como ya se indicó, para que Porvenir S.A haga la respectiva devolución de comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados por el tiempo de permanencia del demandante en dicho fondo; así como los bonos pensionales que se encuentra en la cuenta del actor. Recordemos también que, la máxima Corporación de cierre ha señalado que conceptos como gastos de administración, pólizas de seguro previsional y comisiones deben ser retornados a Colpensiones por las AFP, por el tiempo de vinculación del afiliado, conforme con las sentencias SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021,

SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos por la AFP con cargo a sus propios recursos.

En este punto, debe decirse que en el presente asunto acertó la juzgadora de instancia respecto de la absolución impartida frente a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS; como quiera aunque aparece que el actor se vinculó el 18 de noviembre de 1994 a esa sociedad, como se colige del HISTORIAL DE VINCULACIONES de ASOFONDOS – SIAFP (fl. 36 PDF 08); también se observa que el 30 de abril de 1999 retornó al ISS hoy Colpensiones donde permaneció hasta el 31 de enero de 2001 cuando se afilió a la aquí demandada PORVENIR S.A., como igualmente se advierte de dicho historial; siendo respecto de éste traslado que se reclama en la demanda la declaratoria de ineficacia y sus consecuenciales, tal como lo consideró la juzgadora de primer grado. Pues, se reitera, con relación al primer traslado a Colfondos el demandante retorno al ISS hoy Colpensiones, con base en la normatividad vigente para el efecto.

Por consiguiente, al no elevarse pretensión alguna por el periodo respecto del cual estuvo afiliado a Colfondos, pues luego de ello volvió al ISS hoy Colpensiones, entendiéndose que en esa oportunidad se hizo el reintegro correspondiente; aunado a que, a partir de **enero de 2001** su vinculación siempre ha sido con **PORVENIR S.A.**, resulta claro que es ésta AFP la única que debe hacer el reembolso o retorno de valores y aportes que conlleva la ineficacia declarada por el tiempo que estuvo vinculado el actor a dicha sociedad; por tanto se confirmará la decisión respecto a la absolución impartida frente a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS. Lo anterior ya que frente al traslado a Colfondos no se declaró la ineficacia, pues se insiste en su momento el demandante retorno al ISS, sin que se hubiera cuestionado como se dijo dicho retorno, pues en su demanda el actor no se refiere al mismo ni elevo petición alguna, y además que la

vinculación a Colfondos fue por decisión del juez de primera instancia y no del demandante, por lo tanto, éste se reitera no le formuló reclamo o queja alguna.

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

Así quedan resueltos el recurso de apelación y 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 al numeral segundo de la sentencia dictada el 11 de octubre de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá– Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por **DIEGO LUIS RAMIREZ BORBÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTRAS**, en el sentido de indicar que la **AFP PORVENIR S.A.** deberá reintegrar a **COLPENSIONES** además de los valores ordenados por la juzgadora de primer grado, los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante, los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, y los

valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, causados por el tiempo de permanencia del demandante en esa entidad. Al momento que la AFP demandada cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado apelada y consultada, en todo lo demás.

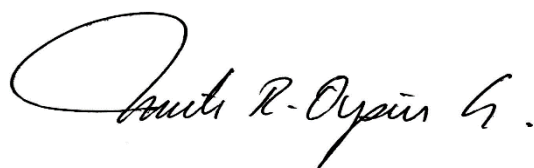
TERCERO: SIN CONDENA en **COSTAS** en esta instancia.

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

NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



ASTRID ELIANA BARAJAS CARREÑO
Secretaria