

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. **25899-31-05-002-2021-00386-01**
Demandante: **BLANCA NIEVES MOLINA MONTAÑO**
Demandado: **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES, Y OTRA**

En Bogotá D.C. a los 14 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 los recursos de apelación presentados por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., respectivamente, contra la sentencia proferida el 13 de julio de 2022 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá –Cundinamarca-, dentro del proceso de la referencia.

RECONOCESE Y TIENESE como apoderada de la parte demandada Colpensiones a **LUCY YOHANNA TRUJILLO DEL VALLE**, identificada como c de.C. No. 35.423.813 de Zipaquirá T.P. No. 228.265 del C. S. de la J., Los términos y para los efectos del poder de sustitución que allegó **CARLOS RAFAEL PLATA MENDOZA**

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

BLANCA NIEVES MOLINA MONTAÑO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y a la **ADMINISTRADORA DE**

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que previos los trámites del proceso ordinario laboral, se declare inválido, nulo o ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad efectuado en el mes de mayo de 2004; en consecuencia, se ordene a la AFP accionada autorice el traslado de la actora a la administradora del régimen de prima media administrado por Colpensiones, junto con los aportes que obren en su historia laboral y sus respectivos rendimientos, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones expuso que el 1° de mayo de 2004, realizó el traslado del entonces Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones a la Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir, que ésta entidad omitió informar a la demandante sobre las condiciones y consecuencia que trae dicho acto jurídico, nunca le expuso las consecuencias adversas que representaría el traslado de régimen pensional, también omitió realizar una proyección que acreditara la realidad de las condiciones que en materia pensional le podía ofrecer el RAIS, no le explicó en forma clara, precisa y puntual cual era la naturaleza del régimen privado de pensiones; que ante la información incompleta suministrada por el asesor de la AFP y la errada expectativa generada de que se mejorarían sus condiciones pensionales, suscribió el formulario de afiliación con el cual se perfeccionó su traslado de régimen.

Sostiene que fue inducida a error por la AFP, por cuanto nunca se le puso de presente información clara y suficiente sobre los efectos que el traslado de régimen podía tener en su derecho pensional, específicamente sobre la expectativa legítima de las condiciones del RPM al momento del traslado y que las mismas le fuesen aplicadas por resultar más favorable a su derecho pensional; que existe un vicio del consentimiento consistente en el error por incumplimiento del deber de información e ilustración suficiente sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional; que las accionadas dieron respuesta a la reclamación administrativa que elevara a cada una de éstas, según comunicación

de 27 de diciembre de 2019 emitida por Colpensiones y, documento con referencia 4107412052819100 de Porvenir S.A. (fl. 1 a 8 PDF 02).

La demanda fu repartida al **Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca**, el 25 de noviembre de 2021 (PDF 03); y admitida con auto de 2 de diciembre de 2021, disponiéndose la notificación a la parte demandada en los términos indicado, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo previsto en el artículo 612 del CGP (PDF 05).

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

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, dijo que se oponía a las pretensiones de la demanda, por considerar que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón pro la cual sería improcedente declara un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; conclusión a la que se arriba, en atención a que *“...no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo...”*; sostiene que no se dan los supuestos necesarios para declarar la invalidez y/o nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, que se evidencia de la accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones del mismo; que si bien ésta alega una falencia en la información entregada por parte de la entidad, 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 la demandante alague que no fue asesorada 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 afiliado a Porvenir. Considera que la actora está alegando la propia culpa en su beneficios, puesto 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 vinculada “...Cosa diferente es que la 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...”; ni que tampoco hubiera ejercido su derecho al retracto, teniendo la posibilidad de trasladarse de régimen, pero resolvió continuar haciendo sus aportes.

Menciona que para la fecha del traslado, las obligaciones establecidas de manera expresa en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, por lo que no se le puede imponer obligaciones que no se tenían para el momento en que se efectuaron las afiliaciones; que solo hasta la expedición del Decreto 2550 de 2010, el Decreto 207 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, fue 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; por lo que no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

Precisa que no hay razones para decretar la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional, dado que “...No existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia o a la nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional. La decisión tomada por la 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 de la 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 los medios exceptivos denominados: Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Buena fe (fls. 3 a 28 PDF 08).

- **La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones,** contestó con oposición a las pretensiones toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la 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 para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorno, la actora contaba con 55 años de edad, encontrándose dentro de la prohibición legal conforme el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el apartado 13 de la ley 100 de 1993; además que aquella no hizo uso del derecho de retracto, el cual da al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su elección en cualquiera de los dos

regímenes dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual haya manifestado por escrito la correspondiente selección; aunado que cuando se trasladó al RAIS, se encontraba frente a una mera expectativa, ya que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 1° de abril de 1994, la demandante contaba con 29 años de edad y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicios para querer regresar al RPM en cualquier tiempo, por lo que no está amparada por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al régimen de prima media.

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 2008, 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.

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. 3 a 30 PDF 12)

II. SENTENCIA DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá (Cundinamarca), mediante sentencia del 13 de julio de 2022, decidió:

*“(…) **Primero: Declarar ineficaz** el traslado efectuado por la demandante **Blanca Nieves Molina Montaño** con efectos a partir del 1° de mayo de 2004, del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por omitirse el deber de información que regía para su momento en materia de seguridad social.*

***Segundo: Declarar** que la demandante **Blanca Nieves Molina Montaño** ha estado afiliada al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial.*

***Tercero: Condenar** a la entidad demandada **Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías** a trasladar a la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones** las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante **Blanca Nieves Molina Montaño**, incluidos los rendimientos financieros, así como de los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, con su correspondiente indexación y con cargo a sus propios recursos, y eventualmente de los bonos pensionales si los hubiere o cuando se llegue a la edad de redención.*

***Cuarto: Condenar** a la **Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones** a que, una vez **Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías** traslade los recursos de la cuenta individual allí, los reciba respectivos, los reciba a satisfacción, a efectos de reflejarlos en la historia laboral de la demandante **Blanca Nieves Molina Montaño**, con sus respectivos valores, ciclos de cotización e IBC.*

***Quinto: Declarar no probadas** las excepciones de mérito propuestas por las dos entidades codemandadas.*

***Sexto: Condenar** en costas de primera instancia a **Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías**. En su liquidación, inclúyase la suma equivalente a 2 salarios mínimos legales vigentes mensuales, por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la contraparte, que en este caso es la demandante, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 5.º del Acuerdo PSAA16 10554 de 2016 emitido por el Consejo Superior de la Judicatura...” (Audio y acta de audiencia, PDFs 19 y 20).*

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de las entidades demandada, formularon recursos de apelación, que sustentaron en los siguientes términos:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
señaló:

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

1°. Sobre la prohibición legal, en el presente caso tenemos que al momento en que la demandante solicitó el retorno hacia Colpensiones, se encontraba dentro de una 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, la 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 su pensión.

2°. Sobre no acreditar vicios del consentimiento: Dentro del presente proceso no obra prueba alguna que demuestre que se está 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 la demandante y el Porvenir, por no tratarse de un error de procedibilidad que es aquel que por esencia afecta la validez del contrato y lo condena a la anulación de resolución judicial. No obstante, la nulidad pretendida no se alegó dentro del término que refiere el artículo 1750 del CC, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro (4) años, los cuales se contarán en el caso de error o dolo desde el día de la celebración del acto o contrato, y si el traslado de régimen en el presente caso se hizo en el mes de mayo del año 2004, según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad se debió haberse solicitado antes del mes de mayo del año 2008.

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

3°. Frente a la carga de la prueba, tenemos que en el presente caso no existe prueba que permita acreditar que se existió algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información; también se debe tener muy en cuenta que es imposible probar hechos ocurridos en el año 2004, por lo tanto, 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 materializa a través de la Ley 1748 de 2014, 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 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, siendo el caso de la actora, la cual suscribió el formulario y realizó el efectivo traslado en el año 2004; imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible que quebranta la seguridad jurídica y basa las decisiones de los jueces en supuestos.

Si bien, el fondo privado debió informar de manera suficiente a la actora, 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 la sustraía de la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual.

5°. Sobre la descapitalización del sistema: En las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010, y SU 130 de 2013 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 al sistema, dado que el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida se descapitalice; 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.

Por todas las razones expuestas en precedencia, se solicita a los señores Magistrados se sirvan revocar la presente providencia y en consecuencia se acepte el traslado. ...”.

**LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A., sostuvo:**

“(...) Gracias señor juez, respetuosamente me permito apelar la sentencia proferida por su despacho solicitando al Honorable Tribunal Superior del Distrito en su Sala laboral se sirva revocar las condenas impuestas en contra de mi representada.

Hay que decir primer que si bien es cierto que existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado imputables a la parte por su falta al deber de información, la misma Corte ha aclarado que esa línea solo resulta aplicada de manera diferenciada, según los supuestos fácticos de cada caso, supuestos fácticos que en similitud en el presente caso no se presentan como quiera que se insiste la demandante se afilió de manera libre, válida y voluntaria y todo lo hizo con sustento en las cargas impuestas por la ley a las aseguradoras, por lo menos para el año 2013 (sic) época de la afiliación en el caso concreto.

Los términos tan rigurosos por los que hoy se reprocha al fondo privado, solo fueron impuestos de manera posterior, de tal manera que toda declaración y condena en su contra esta apenas desconociendo el principio de efectividad y seguridad jurídica.

En segundo lugar, hay que mencionar que no existen razones de hecho ni de derecho que impliquen la ineficacia de traslado, en la medida que la decisión de la parte actora se hizo de manera libre y voluntaria sin ningún tipo de apremio, en la medida que recibió información sobre el RAIS, suscribió un formulario en los términos de ley y manifestó expresamente que no estuvo coaccionada para suscribir dicho formulario, como tampoco objetó ni elevó en ningún momento sus dudas, dudas propias del régimen ante el fondo privado durante 18 años largos; es inadmisibles entonces que ahora excuse su comportamiento reprochable, su falta de cuidado, la falta de dimensionamiento sobre el tema sobre su derecho pensional, en una omisión al deber de información que no existió, como si existió la falta al deber de diligencia que le asistía para gestionar y dar un tratamiento oportuno en los términos de ley a su derecho pensional, un derecho pensional de un vínculo que hoy pretende desconocer alegando su propia culpa a favor, un acto a todas luces reprochable.

En lo relativo pues a la devolución de rendimientos, hay que decir que no es coherente que se declare la ineficacia en unos sentidos y en otros no, pues precisamente la consecuencia jurídica de esa figura es declarar que el negocio jurídico jamás se ha celebrado, luego los frutos productos de la gestión de mi representada tampoco se habría de generar. Se insiste, que se tratan de sumas privativas del régimen privado que pondrían a la señora demandante en una condición mejor y diferente a la que ostentaría en el Régimen de Prima Media, configurándose una contravención al artículo 597 del Código de Comercio, enriquecimiento sin justa causa.

En lo relativo a la devolución de los gastos de administración, hay que decir que los gastos de administración son sumas que tienen una destinación específica por ley y es destinación fue plenamente cumplida por mi representada durante la permanencia de la señora demandante en RAIS, son sumas que fueron debidamente invertidas, son dineros que ya no están en su poder porque precisamente se dirigieron a cubrir la correcta administración de los aportes de la señora, causando entonces los rendimientos que al sol de hoy, de manera inexcusable, jamás se han dejado de reconocer.

Hay que entender entonces, en todo caso, que, implicando la institución de las restituciones mutuas del acto de ineficacia, el traslado de dineros entre regímenes se hace en los términos del artículo 7° del Decreto 3925 de 2008, luego consideramos que, si siendo una norma que regula la situación, no se ve ninguna razón atendible para apartarse de la norma, e incluir conceptos que no contiene y que por razones lógicas no podrán trasladarse.

En lo relativo a la devolución de las sumas previsionales, hay que decir inevitablemente pues que son sumas que no están en nuestro poder, precisamente porque mi cliente las entregó a las aseguradoras que contrató para cubrir a la señora demandante incluso hasta el sol de hoy, de los eventuales riesgos de invalidez y muerte durante toda su permanencia en Porvenir, es decir, sus dineros materialmente no podrán ser devueltos en la medida que cumplieron la finalidad de ley y fueron entregados a dichos entes.

Por último, debe aclararse que la ineficacia del traslado y la devolución de los valores objeto de la condena, estas sumas adicionales en mención, pues en consecuencia deberá desestimarse la condena en costas en contra de mi representada y no habrá lugar alguno a la fijación de agencia en derecho en favor de la parte demandante.

Es así como solicito respetuosamente al Honorable Tribunal del Distrito, revocar la sentencia de instancia en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia y se absuelva de todas las condenas impuestas en contra de mi representada. Muchísimas gracias...”

El juez de conocimiento concedió los recursos interpuestos. 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, la parte demandada, presento sendos escritos de alegaciones ante la Corporación.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **PORVENIR S.A.**, solicita se revoque en su integridad el fallo de primera instancia y se absuelva a dicha entidad de las condenas impuestas en su contra; para lo cual señala:

“(…) I. SUSTENTACION DE LOS ALEGATOS

El problema jurídico en el presente caso, en virtud del recurso de apelación interpuesto por mi representada, consiste en determinar si la decisión de primer grado se ajusta a derecho, dado que el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Zipaquirá emitió fallo el 13 de julio de 2022, mediante el cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. el 01 de mayo de 2004, y en consecuencia, ordenó devolver a COLPENSIONES las sumas de dinero consignadas en la CAI de la señora BLANCA NIEVES MOLINA MONTAÑO, incluidos los rendimientos financieros, los porcentajes correspondientes a los gastos y comisiones de administración, a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como los destinados a la garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos; y de los bonos pensionales si los hubiere o cuando se llegue a la edad de redención.

En el presente caso, de manera respetuosa solicito se revoque el fallo de primera instancia, dado que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional de conformidad con los siguientes argumentos:

Cabe señalar que, previa asesoría verbal realizada a la actora por parte de los promotores comerciales de mi representada, la misma realizó su afiliación a la AFP PORVENIR S.A. de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento una documental que, debidamente estructurada, figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad de afiliación y el consentimiento informado de la parte demandante; más aún, si se tiene en cuenta que, tal y como se evidencia del interrogatorio de parte rendido, la demandante admitió haber recibido, previo a su afiliación, una asesoría por parte de la AFP sin que en ningún momento fuera coaccionada a la suscripción del respectivo formulario de solicitud de vinculación por parte de su empleador ni de un tercero.

Por su parte, considera mi representada que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que por parte de la AFP PORVENIR S.A 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, se subraya, no le exigían una información en los términos que reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, en la medida que esas cargas solo fueron impuestos de forma tan rigurosa con mucha posterioridad.

Ahora bien, cabe señalar que la relación entre la demandante y las administradoras del RAIS en virtud de su condición de afiliada 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, 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 de la 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.

Por otro lado, es pertinente señalar que la demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, toda vez que para el momento en que se vinculó al RAIS, la normativa vigente correspondía al artículo 2 de la Ley 797 de 2002. Es decir, que la actora no contaba con ningún limitante para retornar al RPM 5 años después de realizada la vinculación con mi representada, no obstante, lo anterior, decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria.

Ahora bien, se llama la atención de los Honorables Magistrados toda vez que la inconformidad de la demandante, con el Régimen de Ahorro Individual se deriva del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para ser considerado como un elemento que permita viciar la voluntad de la parte actora, 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 las 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”.

De otro lado, 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, no está llamada a financiar la pensión, pues 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 de la demandante, principalmente el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento o rentabilidad de esos recursos, y cuyos rendimientos fueron reconocidos a la 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, considero pertinente indicar frente a la eventual 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 conceptuado 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 de la demandante la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar a la afiliada el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, es decir, se invirtieron conforme con la estructura del Régimen de Ahorro Individual.

Por otro lado, en lo que corresponde a las agencias en derecho debe aclararse que desestimada la ineficacia del traslado de régimen pensional y la devolución de los dineros que a los que fue condenado mi representada, consecuentemente, deberá desestimarse la condena en costas. Ello es así puesto que, según lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso, aplicable a estos procesos por cuenta del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, solo se aplicará en casos de que sea vencido en la sentencia de primera instancia o al ratificarse por el superior lo dicho por el juez de primera instancia.

Finalmente, se solicita a los Honorables Magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada, en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontrare en la cuenta individual de la demandante. Ello es así, pues se estaría generando una doble condena por el mismo concepto:

“Sobre el particular, se considera que le asiste razón a la apelante, ya que, en este caso, como lo refiere, se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, por lo que entiende la Sala que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada, por lo que se revocará la decisión en este aspecto”. Debido a todo lo anterior, presento los alegatos de conclusión...” (PDF 05 Cdno. 02SegundaInstancia).

Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES**, reitera se revoque la sentencia de primera instancia y se condene en costas a la parte demandante; manifestando que en el evento de no atenderse dicha solicitud, de manera subsidiaria se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de

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

(...) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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

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

No obstante, la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durara cuatro años, los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y, si el traslado del régimen se hizo en **mayo de 2004** según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de **mayo de 2008**.

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

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

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

En el presente caso se torna imposible probar hechos ocurridos en el año 2.007, 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 materializo a través de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al Régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso del actor el cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado en 1.996.*

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 07 Cdo.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 los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación. No obstante, también se surtirá el grado de consulta a favor de Colpensiones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007 y lo expuesto por la jurisprudencia laboral, entre otras en la sentencia CSJ SL 2807-2018 Rad. 68769.

Bajo ese contexto, corresponde a la Sala verificar, si se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó el juez, o, por el contrario, no hay lugar al mismo debiendo absolverse a las demandadas de las súplicas de la demanda como lo alegan las recurrentes; y de considerarse que, si hay lugar a la ineficacia del traslado, si resulta procedente o no, ordenar la devolución de los rendimientos, sumas previsionales, y gastos de administración.

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...”, 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).

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 2004, cuando ocurrió el traslado de régimen pensional de la demandante, encontrándose en el primer periodo o estadio determinado por la jurisprudencia, conforme se indicó líneas atrás, y desde esa óptica determinar si el fondo de pensiones efectivamente cumplió o acató esa obligación de haber ilustrado a la accionante, de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgo de cada uno de los regímenes pensionales.

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 previsionales, 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 las recurrentes en cuanto a que para la fecha de la afiliación de la actora 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 a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara y comprensible para que aquella tomara una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes, y es que materialmente ello no se puede extractar del citado documento.

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, se conforme a lo establecido en el CGP se sabe que es el demandante quien tiene la carga de demostrar los supuestos de hecho de las normas cuyo efecto jurídico pretende su aplicación, es igualmente cierto que si el demandante afirma que al momento de la afiliación no se le informó de manera

adecuada las consecuencias del traslado, ello corresponde a una negación indefinida que, inmediatamente, traslada la carga probatoria a la demandada, para que demuestre el hecho positivo, inherente al cumplimiento de las exigencias legales del caso que no son otras que el deber de información al afiliado.

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

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

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

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

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

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

Bajo ese contexto, en el presente asunto, se advierte que la aquí demandante nació el 15 de diciembre de 1965 como se advierte de su cédula de

ciudadanía (fl. 19 PDF 02); que se afilió a Porvenir S.A. en 1° de mayo de 2004, según formato NOTIFICACION EMPLEADOR de la citada administradora, que aparece en el expediente (fl. 18 de PDF 02); pues tales situaciones fácticas no fueron objeto de reparo alguno por las partes.

Para proferir su decisión, el juzgador de primer grado, consideró que había lugar a declarar la ineficacia de afiliación pretendida por la demandante, toda vez que: *“...el traslado de régimen pensional se dio en el marco de la primera etapa en la que, como se dijo, regían no solo los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, sino, además, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, según los cuales las entidades debían 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, entre los cuales, se encuentra, según la jurisprudencia, que Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías otorgara ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen...”; por tanto, se “...impone concluir que Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, no demostró haber suministrado la información requerida por la parte demandante para tomar una decisión sobre su traslado y, por lo mismo, la entidad deshonró su deber legal y, en ese sentido, se hace procedente declarar la ineficacia pretendida sobre ese acto jurídico...”*

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 la demandante, antes de trasladarse a la AFP Porvenir S.A. en mayo de 2004, hubiese recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento, lo único que se allegó al expediente fue el formato preimpreso de SOLICITUD DE VINCULACION O TRASLADO de Porvenir, en el que aparece la firma de la actora en el aparte 7.1. del mismo, texto se encuentra ilegible, denominado *“...VOLUNTAD DE AFILIACION PENSIONES OBLIGATORIAS...”* (fl.19 PDF 02).

Al respecto, nuevamente se reitera, la circunstancia que la demandante hubiere firmado el formulario pre-impreso de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; 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 adocinado por la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era necesario que se le hubiese explicado concretamente a ésta, entre otros aspectos, las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, la proyección de la pensión en ambos regímenes, los aspectos favorables y desfavorables de adoptar tal decisión, entre otros 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.

Tampoco la circunstancia de haber permanecido por espacio de 18 años en el RAIS, de no haber efectuado o indagado sobre el mismo conlleva el “*comportamiento reprochable*” que endilga la apoderada del Fondo, y que en su sentir ratifica su voluntad de continuar en este régimen, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia, tal situación “...no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; tampoco es indicativo de que cumplió ese deber ni presume que la persona afiliada está informada debidamente en los términos legales, y menos aún morigera los efectos que ello genera en la eficacia del acto jurídico de traslado...” (Sent. CSJ SL5686-2021, Radicación No. 82139 de 6 de octubre de 2021); aunado a que en casos como el presente, que se alega el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones, los actos u omisiones posteriores del afiliado, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, ya que al ser posteriores deja intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico

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.

ineficaz, el cual no puede sanearse; por lo que “...lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS...” (Sent. CSJ SL1055-2022, Radicación No. 87911 de 2 de marzo de 2022)

Ahora, de lo referido por la actora en el interrogatorio, no se advierte que ésta hubiese señalado aspectos que beneficiaran a la parte contraria y que afecten sus intereses procesales y de contera, le ocasionaran consecuencias jurídicas adversas a ésta, para considerar que se dio la confesión en los términos del artículo 191 del CGP, y por consiguiente se acreditó medianamente el cumplimiento de los presupuestos del deber de información que recaía en las administradoras demandadas para el momento de traslado de régimen pensional, pues en términos generales ésta manifestó que el asesor de la AFP aquí demandada, le indicó que el ISS se iba a acabar y que era mejor estar afiliada a Porvenir, sin darle ninguna explicación respecto a 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 la actora del AFP Porvenir (fl. 19 PDF 02); única prueba documental aportada al expediente, en el que se consigna una constancia de “VOLUNTAD DE AFILIACION PENSIONES OBLIGATORIAS...”; este enunciado como ya se dijo, no es suficiente para tener por demostrado el deber que le correspondía a la AFP demandada; por lo que conforme lo analizado, hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante, siendo sus efectos legales que la actora nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por Colpensiones.

Ello, ya que si bien la demandante para el 16 de junio de 2021, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con más de 55 años de edad y por tanto se encontraba inmersa en la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en cuanto indica que “...el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”; 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 las AFP demandada 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 la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, lo que ocurrió mayo de 2004, cuando tenía 40 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, sobre la falta de acreditación de vicios de consentimiento, baste señalar que lo declarado es la ineficacia del traslado y no la nulidad del acto por vicios del consentimiento; por consiguiente, no

hay lugar a resolver lo atinente al término que tenía la demandante para interponer la acción de rescisión por vicios de nulidad, consagrada en el artículo 1750 del C.C., ni un eventual saneamiento como Colpensiones lo aduce. Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL4360 de 2019 reiterada en SL 4161 de 2020, señaló lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

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

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

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

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

Ahora, en cuanto a que tal determinación -la ineficacia del traslado de régimen- afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; debe recordarse que el juzgador de instancia, en su sentencia ordenó a la AFP Porvenir S.A. devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los porcentajes correspondiente a los gastos y/o comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia cobrados, así como los aportes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, con su correspondiente indexación con cargo a sus propios recursos, y eventualmente de los bonos pensionales cuando se rediman; es decir ordenó trasladar todos los aportes sufragados por la demandante, con los rendimientos obtenidos y demás conceptos en que se distribuyeron o repartieron dichos aportes durante el tiempo que estuvo afiliada al RAIS, ya que debieron ser recibidos por el ISS en su momento, hoy Colpensiones, “...pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones...” (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL3537-2021); por lo que no puede considerarse como erradamente lo hace la recurrente, que la decisión pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones; ya que con la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de las AFP Porvenir S.A. a Colpensiones, que se hace de manera plena y con efectos retroactivos, puesto que los mismos serán utilizados por ésta última entidad para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida; sin que pueda colegirse como desacertadamente lo hace la recurrente, que es una persona que se está beneficiando de las cotizaciones efectuadas por otras y no por ella.

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

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

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

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

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

Y es que, contrario a lo sostenido igualmente por la apoderada de Porvenir, no es improcedente que se ordene el traslado de rendimientos, el valor de los seguros previsionales y de los gastos de administración como aquella lo alega, dado que al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia legal es que las cosas vuelvan o se retrotraigan a su estado inicial, ya que *“...desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación*

definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). Criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima...” (Sentencia CSJ SL2209-2021, radicación No. 87777 de 26 de mayo de 2021).

Finalmente, se advierte que en la providencia de primer grado, en el numeral 4º, se determinó que Colpensiones debe cumplir la sentencia, una vez la AFP “...**Porvenir S.A.** traslade los recursos respectivos, los reciba a satisfacción a efectos reflejarlos en la historia laboral de la demandante **Blanca Nieves Molina Montaña**, con sus respectivos valores, ciclos de cotización e IBC...” por tanto la obligación de la entidad recurrente depende de la actuación que realice la demandada, sin que sea necesario condicionamiento adicional para el cumplimiento de la sentencia, como lo solicita la recurrente.

Así quedan resueltos tanto el recurso de apelación como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones, debiendo confirmarse la decisión de instancia por encontrarse ajustada a derecho.

Se condenará en costas a las apelantes, ante la falta de prosperidad de los recursos. –numeral 1º artículo 365 CGP-. Fíjese como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, el 13 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por **BLANCA NIEVES MOLINA MONTAÑO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

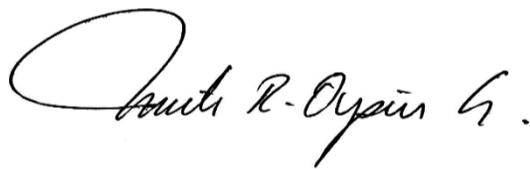
SEGUNDO: COSTAS a cargo las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Fíjese la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como agencias en derecho.

TERCERO: 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



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria