

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR PIOQUINTO MORA ROZO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, AFP PORVENIR Y AFP PROTECCIÓN. Radicación No. 25899-31-05-002-**2022-00185**-01.

Bogotá D. C. cuatro (4) de agosto de dos mil veintidós (2022).

Se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020. Se deciden los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia proferida el 30 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

- 1.** El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra las entidades de la seguridad social antes mencionadas con el objeto que se declare la ineficacia del traslado que hizo en el año 1997 a la AFP Porvenir S.A., y posteriormente en julio de 1999 a la AFP Colmena; y que se encuentra válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Como consecuencia, solicita se ordene a Colpensiones a registrar en su sistema de información la nulidad del referido traslado; y se condene a esa administradora que una vez cumplidos los requisitos de ley, reconozca y pague su pensión de vejez, con fundamento en el régimen de transición; y en ese orden, se condene al pago de las mesadas pensionales, sus incrementos, intereses moratorios, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita, y las costas del proceso. Subsidiariamente solicita se ordene a la AFP a reconocerle y pagarle la indemnización de perjuicios ocasionada con el detrimento ocasionado en el reconocimiento de su pensión; y se condene al pago de intereses legales, indexación y costas.

- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que nació el 4 de mayo de 1961; que desde mayo de 1985 efectuó aportes al ISS; y se

trasladó a la AFP Porvenir en marzo de 1997, y en julio de 1999 a la AFP Protección; señala que el referido traslado *"no estuvo precedido por la correcta asesoría, explicación, orientación sobre las consecuencias jurídicas, económicas, perjuicios, qué régimen era más favorable al momento de pensionarse"*; agrega que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliado al ISS (hoy Colpensiones); explica que si bien firmó el formulario de traslado a la AFP Porvenir S.A., *"fue asaltado en su buena fe, porque ningún trabajador de dicho fondo suministró la información correcta (...), sobre las consecuencias jurídicas, económicas, perjuicios, del traslado de un régimen a otro, no explicó qué régimen era más favorable para ella (sic) al momento de pensionarse y omitió brindar toda la información pertinente de cómo se calcularía la pensión en ambos regímenes y cual cálculo era más favorable para la demandante al momento de pensionarse"*, ni le hizo *"una comparación pura y simple entre su pensión en prima media y en ahorro individual"*, como tampoco le brindó la *"doble asesoría"*; de otro lado, indica que presentó a Colpensiones reclamación administrativa, e igualmente, el 9 de noviembre de 2021, radicó derechos de petición a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A., sin que se haya *"respondido en su totalidad"*. De otro lado, expone que pagó a un actuario para que le realizara una proyección de su pensión en los dos regímenes pensionales, y del mismo *"arroja una pensión muy favorablemente superior en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, respecto de la que le correspondería encontrándose en el RAIS"*, por lo que al no declararse la nulidad del traslado, sufriría *"un flagrante perjuicio en el valor a recibir de su mínimo vital derivado de la pensión"* (PDF 02).

3. La demanda se presentó el 9 de junio de 2022 (PDF 01), siendo admitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá mediante auto de fecha 30 de junio siguiente, y en dicho proveído, se ordenó notificar a las demandadas y vincular a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (pág. PDF 06).
4. Las diligencias de notificación se cumplieron así: el 8 de julio de 2022 a Colpensiones y a la Agencia de Defensa Jurídica (PDF 07 y 08); y el 3 de octubre de 2022 a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. (PDF 10).
5. **Colpensiones** dio contestación a la demanda con oposición a sus pretensiones; frente a los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, la afiliación a esa administradora en el año de 1985, el traslado efectuado al RAIS en 1997 y la reclamación que hizo a esa entidad; respecto a los demás hechos, señaló no constarle los mismos como quiera que no estuvo presente en la vinculación que hizo el actor al RAIS. Propuso en su defensa las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media

con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexado o reajuste alguno y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (PDF 09).

6. Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda; no aceptó ninguno de sus hechos; e indicó que según el formulario de vinculación a la AFP Porvenir S.A. suscrito por el demandante, data del 14 de febrero de 1997, y que en ese momento sus promotores comerciales le brindaron *"información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, también mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la misma ley, motivo por el cual, la decisión de suscribir el formulario de afiliación con mi representada, fue producto de una decisión libre, espontánea e informada"*, y que *"el contenido de la asesoría brindada a nuestra afiliada corresponde a la información sobre los beneficios propios de cada régimen, trámites y procesos de vinculación para el afiliado y el empleador, proceso de pagos de aportes, contenido del reglamento del fondo, y demás información"*, refiere que el formulario de vinculación no es un simple formato, sino que se trata de un documento que se presume auténtico, y en tal medida debe ser valorado al menos como un indicio de su decisión de pertenecer al RAIS; máxime cuando al actor le compete conocer el contenido de las leyes; de otro lado, menciona que cuando le quedaba menos de 10 años para el traslado, le informó al demandante que Asofondos comunicó que a partir de la vigencia de la Ley 797 de 2003, se podían efectuar los traslados de regímenes y/o entre administradoras, *"antes de que entrará en vigencia la restricción de imposibilidad de trasladarse una vez le falten menos de 10 años para obtener la edad requerida para tener derecho a la pensión"*. Propuso en su defensa las excepciones de buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación, compensación y restituciones mutuas (PDF 12).

7. Con auto del 10 de noviembre de 2022, el juzgado tuvo por contestada la demanda por Colpensiones y la AFP Porvenir; por no contestada por la AFP Protección; y señaló como fecha para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 8 de marzo de 2023 (PDF 13), diligencia que se realizó ese día, y en la misma se constituyó el juzgado en audiencia de trámite y juzgamiento, recibió el interrogatorio del demandante, cerró debate probatorio y las partes presentaron alegatos de conclusión (PDF 17).

8. El Juez Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, en sentencia proferida el 30 de marzo de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen

efectuado el 14 de febrero de 1997; condenó a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones “los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Pioquinto Mora Rozo, incluyendo cuotas de administración y comisiones”; e, igualmente, condenó a la AFP Porvenir a remitir a Colpensiones “la totalidad de las cuotas de administración que hubiese descontado durante el tiempo que el demandante fue su afiliado, debidamente indexadas”; además, condenó a Colpensiones a recibir de la AFP Protección “todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas”; declaró “**probada de oficio la excepción denominada** petición antes de tiempo, respecto de la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez respecto de COLPENSIONES”; en ese sentido, absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra; finalmente, condenó en costas a las AFP demandadas, tasándose las agencias en derecho en 1 SMLMV a cargo de cada una (PDF 20).

9. Inconformes con la decisión, los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, así:

9.1. El apoderado del **demandante** manifestó “el reparo respetuosamente, por supuesto, el suscrito a la sentencia tiene que ver con que el juzgado estimó que no podía disponer del reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta que no se ha hecho ninguna reclamación administrativa en Colpensiones; sustento mi recurso en cuanto a que, en primer lugar, estimo muy respetuosamente, el despacho se equivoca porque Colpensiones no propuso la excepción de falta de competencia frente a ese aspecto; esto es que aquella se encuentra consagrada para efectos de despojar de la competencia del juez laboral, del conocimiento de una reclamación, en este caso de la pensión, cuando quiera que la parte actora no agota la denominada reclamación administrativa de que trata el artículo 6° del CPTSS, modificado por el 4° de la Ley 712 del año 2001; estimó respetuosamente que se equivoca el juzgado porque no valoró en debida forma la contestación de la demanda efectuada por Colpensiones; Colpensiones en manera alguna hizo ninguna clase de reparo de la falta de competencia del juzgado; no dice propiamente que el juzgado no tenga competencia porque la parte actora no haya efectuado la reclamación pertinente ante la entidad, y si bien es cierto en principio habría que hacer la reclamación ante la entidad de Colpensiones; también es verdad que esta es una pretensión que quedó planteada desde el mismo momento de la demanda, cuando se expuso que adicionalmente a la ineficacia del traslado, que hoy acertadamente concede el juzgado, también se propuso, obviamente dentro del capítulo de pretensiones principales, la petición de una vez, del reconocimiento y pago de la pensión al demandante con sus intereses moratorios del 141 de la Ley 100, con la indexación, y adicionalmente se expuso, no solamente en cuando en lo que tiene que ver con la densidad de cotizaciones, sino que, adicionalmente, tiene que ver con la edad que cumplió el demandante, para este caso, el 4 de mayo de este año, que cumplirá los 62 años, y en esa medida estimo desde ya que el juzgado debió pronunciarse o más que pronunciarse, debió haber condenado a Colpensiones, al reconocimiento y pago de la pensión, una vez se reúna el segundo de los requisitos, esto es la edad, reitero, la demandada

Colpensiones, en ningún momento planteó la excepción de falta de competencia, que era lo que hubiera hecho que el juzgado se sustrajera de realizar u ordenar el reconocimiento y pago de la pensión, más cuando no está en discusión la fecha en que el demandante nació, el día en que cumplirá la edad de pensión de los 62 años, y a sí mismo, lo que tiene que ver con la densidad de cotizaciones, que obviamente rescata por demás el juzgado, pero adicionalmente porque la ineficacia trae consigo, no solo la ineficacia sino el material probatorio que determina exactamente cuántas semanas de cotización tiene hoy día mi mandante, que está en alrededor de las 1900 semanas; para efectos de solicitarle a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá (sic) lo que tiene que ver con la condena al pago de la pensión de vejez del demandante, yo me permito remitir a una decisión del honorable magistrado Germán Gonzalo Valdez Sánchez, una decisión del 13 de octubre del año 1999, de la cual se había indicado y digámoslo así, tratando sobre todo el tema de la omisión del agotamiento de la vía Gubernativa, lo que se denominado en su momento antes de la modificación de la Ley 712 de 2001 al CPTSS, hoy día, reclamación administrativa, que la omisión del agotamiento de esa reclamación no genera per se nulidad cuando no se alega oportunamente, y dentro de todo lo que dice la jurisprudencia, me remito a lo último, que es una sentencia dictada, reitero, el 13 de octubre del año 99, con ponencia del doctor Germán Gonzalo Valdez Sánchez, Sala de Casación Laboral, sentencia dentro del proceso 12.221, que dice lo siguiente “... Se encuentra saneada, refiriéndose pues al defecto de que no hubiera allegado el demandante en su momento el agotamiento de la vía Gubernativa o reclamación administrativa, decía lo siguiente, se encuentra saneada desde el momento en que el Instituto de Seguros Sociales, teniendo la oportunidad de corregir ese vicio procesal a través de la proposición de las excepciones previas de falta de competencia o de no agotamiento de la vía gubernativa, no lo hizo, prorrogándose así la competencia del fallador de primer grado para decidir de mérito el conflicto avocado, como en efecto ocurrió”; esta sentencia respalda lo que dice el suscrito en el sentido de no estar de acuerdo con el despacho en que el despacho niegue y de por sí, declaré de oficio la excepción que propuso, de petición antes de tiempo, y adicionalmente, pues lo digo ya para cerrar, precisamente porque el juzgado no estimó respetuosamente lo digo, que la carga de la prueba precisamente, la carga procesal en este caso era de Colpensiones de haber propuesto la excepción de falta de competencia para poder determinar eso, estamos hablando, precisamente como el juzgado lo destacó, y lo destacó incluso con la última sentencia la SL 2601 del año 2021, que se refirió en su considerando, donde indicó el juzgado y destacó que evidentemente estamos hablando de un derecho pensional del demandante, yo lo propuse, reitero, tanto la edad, las semanas de cotización y demás, por eso solicité que desde ya que se condenara a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de mi mandante, y en esa medida insisto, ante los honorables magistrados, que se ordene, máxime cuando ya este año, que incluso quedó planteado desde un comienzo, como pretensión y como hecho, valga decirlo, el hecho sobreviniente, esto es, el hecho sobreviniente planteado cuando se viera en su momento que es el cumplimiento de la edad del demandante, el 4 de mayo de este año, los 62 años de edad. Además de que ya cuenta con incluso las cotizaciones mínimas para hacerse acreedor al reconocimiento y pago de la pensión, en esa medida dejo planteado el recurso para que se desestime lo atinente a la negativa del despacho en cuanto a no reconocer o no ordenar el reconocimiento de la pensión y pues por supuesto, la negativa o más bien que haya decretado de oficio la petición antes de tiempo, cuando primero, pues no fue planteada y segundo, a sí mismo,

no fue planteada la falta de competencia, o como la leía yo ahorita, precisamente la decisión de la Sala Laboral de la Corte, del doctor Valdés, en esa medida ruego a los magistrados que se revoque la decisión, en ese sentido se disponga el reconocimiento y pago de la pensión con el retroactivo pertinente y obviamente los intereses del artículo 141 de la Ley 100, como la indexación, tanto del ingreso base de liquidación como en todas y cada una de las mesadas causadas desde el momento en que se satisfaga los requisitos de la pensión”.

9.2. La demandada Colpensiones señaló: *“solo en lo que respecta a los numerales 1, 2 y 3 de la parte resolutive; teniendo como fundamento lo siguiente: Como primer punto sobre la prohibición legal, tenemos que al momento de la solicitud del retorno al régimen de prima media el demandante se encontraba dentro de una prohibición legal descrita en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que manifiesta que después de 1 año de vigencia de dicha ley del afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. Como segundo punto, tenemos sobre el no acreditar que existe vicios del consentimiento, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre existente ese vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil; 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 del de nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión; debe igualmente tenerse en cuenta que existió ratificación expresa o tácita de sanear el presunto vicio del contrato, en el presente al 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 autorizó el traslado de régimen en su nombre, 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 la AFP. Tercero, respecto a la carga de la prueba, en el presente caso no existe prueba que determine o que permita acreditar sin lugar a dudas que sí existió o no algún vicio en el consentimiento, entendido como el deber de información, téngase en cuenta que los hechos en el presente caso ocurrieron hace más de 20 años, lo que torna imposible probar estos hechos, por lo que es dable aplicar al presente el caso el principio que reza que nadie está obligado a lo imposible. Como cuarto punto, respecto al deber de información, tenemos que el precedente de la Corte Suprema ha utilizado 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 contenido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre, voluntario, sin impresiones e informado y asentimiento del afiliado respecto al traslado; por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigía 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 1997; 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 rebasa las decisiones de los jueces; así mismo, si bien el fondo privado debió informar de manera suficiente al actor, esto no lo exonera del deber de concurrir suficientemente ilustrado a la*

escogencia de su régimen pensional, del 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. Como último punto, tenemos lo que hace referencia a la descapitalización del sistema, en sentencia C1024 de 2004, SU062 de 2010 y SU 130 de 2014, de la Corte Constitucional en materia de traslados, 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 ineficacias de traslados, afecta a 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 se revoque parcialmente la sentencia aquí profería, en consecuencia, se absuelva a Colpensiones de todas las súplicas de la demanda”.

9.3. Finalmente, la demandada **AFP Porvenir** manifestó “*señores magistrados expongo a su consideración que si bien existe un precedente del órgano de cierre como el citado por el a quo, los argumentos que ha manifestado el honorable tribunal en diferentes salas, no se aplica al presente de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y es por eso que para el presente caso no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo en lo indicado en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 del 93, también el régimen de Prima media se define este porcentaje, un 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia; dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción. Además, es necesario resaltar que la superintendencia financiera de Colombia indicó en el 2020 de forma expresa que los eventos en que proceda la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros provisionales, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura de la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de administración; es por eso señores magistrados que incluso, debería declararse la prescripción respecto de la devolución de gastos de administración y los demás emolumentos diferentes a la cuenta de ahorro individual y rendimientos financieros del demandante, porque no corresponden estos valores a los afiliados en ninguno de los regímenes de pensión, en cuanto no financian precisamente la prestación de vejez, no puede predicarse su imprescriptibilidad, característica de la que goza el derecho pensional. Frente a la indemnización, nos remitimos a lo que ha indicado el Tribunal de Cali en el proceso 2020-083, en el cual indica, en cuanto a la indexación de la condena, la sala considera que no hay lugar a dicha imposición toda vez que con el traslado los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado con los emolumentos a retornar; se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas, producto de la ineficacia respecto a la cual aplica el artículo 1746 del Código Civil, al no existir norma que regule la temática de la ineficacia, tanto en la Ley 100 del 93, como en materia comercial, haciendo uso análogo del citado artículo, posición que asume tanto la jurisprudencia civil como la laboral, en especial en la sentencia SL2946-200212, todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que pudiese ocasionarse con el traslado del demandante al régimen común, de manera entonces que considero que el supuesto sobre el cual se condenó*

a mi representada, frente al punto de devolver los gastos de administración de forma indexada, no se encuentran acreditados y en consecuencia, solicito de la manera más respetuosa al honorable Tribunal, revocar esta condena impuesta a mi representada”.

10. Recibido el expediente digital, se admitieron los recursos de apelación mediante auto del 2 de mayo de 2023; luego, con auto del 9 del mismo mes y año, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, ambas los allegaron.

El **demandante** reiteró lo dicho en su recurso en cuanto hay lugar a resolver lo concerniente a la pensión de vejez por no haberse presentado en su oportunidad la excepción de falta de competencia; y agrega que, en aplicación a lo establecido en el inciso 4º del artículo 281 del CGP, en el expediente está acredita la densidad de cotizaciones del demandante y que *“el pasado 4 de mayo de 2023 (...) cumplió 62 años de edad, hecho este último sobreviniente y que ciertamente tiene gran incidencia en el expediente, ya que de acuerdo con lo decidido por el Juez A quo en cuanto a la nulidad del traslado de régimen pensional (...) y el cumplimiento de la edad y semanas de cotización, (...) adquirió su derecho a la pensión el pasado 4 de mayo”.*

Por su parte, **Porvenir AFP** reiteró lo señalado en su escrito de contestación; agrega que le garantizó al demandante retornar al régimen de prima media y dispuso los canales de comunicación suficientes para conocer las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual de conformidad con lo establecido en el artículo 64, por lo que el actor pudo comparar los regímenes y escoger el RAIS, lo que se materializó con la firma del formulario, fecha en la que no se requería *“registrar en documentos o a través de testigos o cualquier otro medio de prueba que, le SUMINISTRÓ la INFORMACIÓN NECESARIA Y OBJETIVA acerca de las condiciones, y requisitos para acceder a la pensión de vejez a los futuros afiliados”*; reitera la improcedencia en este caso de devolver los gastos de administración y la indexación.

Finalmente, **Colpensiones** reiteró los puntos expuestos en su recurso de apelación, respecto a la prohibición legal del traslado; aduce que no se acreditaron los vicios del consentimiento, que no era su responsabilidad la carga de la prueba, que se cumplió con el deber de información requerido para la época, y la descapitalización del sistema; solicita se revoque la decisión o en su defecto, se condicione su cumplimiento, previa 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”.

- 11.** De otro lado, la representante legal de la sociedad CAL&NAF Abogados S.A.S., renuncia al poder conferido por Colpensiones, en atención a la terminación del contrato de prestación de servicios, hecho que se dio el 15 de mayo de 2023; a su turno, tal administradora allega poder general otorgado a la firma Soluciones Jurídicas de la Costa S.A.S., según escritura pública del 2 de septiembre de 2019, cuyo representante legal sustituye el poder a la abogada Yohanna Trujillo del Valle, quien ya venía ejerciendo como abogada sustituta de la anterior firma.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de esos. Pero igualmente tiene que surtirse el grado de consulta en favor del COLPENSIONES como lo ordena el artículo 69 del CPTSS, toda vez que se trata de una entidad pública descentralizada de la que la Nación es garante, y en ese sentido, se revisarán las condenas impuestas en cuanto impliquen afectación económica a dicha entidad, sin restricciones de ninguna índole.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son analizar si en el caso concreto se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como con concluyó el juez, o, por el contrario, no hay lugar al mismo y por lo tanto deba absolverse a las entidades demandadas de las súplicas de la demanda; y de considerarse que sí hay lugar a la ineficacia del traslado, analizar si resulta procedente o no, ordenar la devolución de los gastos de administración. Si se deben devolver esos valores debidamente indexados o no, como lo solicita la AFP demandada. Si hay lugar a aplicar la excepción de prescripción sobre tales gastos de administración. Finalmente, y de confirmarse la decisión del juez, analizar si resulta procedente el estudio del derecho pensional del actor y si le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez aquí reclamada.

Sea preciso advertir que no es objeto de controversia que la aquí demandante se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el

ISS, hoy Colpensiones, en mayo de 1985, pues así lo acepta las partes. Que suscribió el formulario de afiliación a la AFP Porvenir el 14 de febrero de 1997 (pág. 44 PDF 12), no obstante, los aportes se realizaron a esa AFP desde el 4 de abril de 1997 (pág. 46-47 PDF 01). De otro lado, Colpensiones acepta que el actor nació el 4 de mayo de 1961, no obstante, no se allegó documento de identificación o registro civil de nacimiento que así lo constatará; finalmente, de la historia laboral expedida por la AFP Protección S.A., se observa que el demandante al 16 de noviembre de 2021 tenía 696.29 semanas cotizadas a Colpensiones, 248.57 de cotizaciones realizadas en otros fondos y 901.43 semanas cotizadas a esa AFP, para un total de 1846.29 semanas de cotización (pág. 35-54 PDF 02).

El juez al proferir su decisión consideró que había lugar a declarar la ineficacia de afiliación pretendida por el demandante, básicamente, porque la AFP Porvenir estaba obligada a cumplir con su deber de información previo al traslado del demandante, sin que así lo haya hecho, como tampoco cumplió con ese deber la AFP Protección, pues no se allegó prueba alguna de ello, lo que impidió que el actor contara con los medios de juicio suficientes para determinar qué le resultaba más beneficioso y así poder tomar una decisión de manera informada, como lo exigían las normas de la época; menciona que la carga probatoria recaía en las AFP; por lo que había lugar a declarar la ineficacia del traslado; máxime cuando en estos casos no hay lugar a declarar la excepción de prescripción.

Analizado el material probatorio recaudado, debe decir la Sala que comparte la decisión del juez, pues efectivamente se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen aquí solicitada, siguiendo estrictamente los parámetros jurisprudenciales en este aspecto, dado su carácter vinculante.

Se empieza por decir que, tal como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral, las administradoras de fondos de pensiones, desde su creación, como se explicará más adelante, han tenido el deber de ofrecer información a los usuarios del sistema pensional para que estos puedan tomar una decisión consciente y libre acerca de su futuro pensional; deberes que con el paso del tiempo se han intensificado, desde el deber de información necesaria (artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003), al de asesoría y buen consejo (artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010); y finalmente al de doble asesoría (Ley 1748 de 2014, artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 y Circular Externa No. 016 de 2016).

Por tanto, corresponde a los jueces evaluar el cumplimiento del deber de información, según el momento histórico en que debía observarse, que en el *sub lite* son las normas vigentes para el año 1997, cuando ocurrió el traslado de régimen del demandante, y desde ese ángulo establecer si la administradora dio efectivo cumplimiento a dicha obligación.

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

Ahora, dentro de las características del referido sistema de pensiones, el literal b) del artículo 13 *ibídem* consagra que la selección de los trabajadores, tanto dependientes como independientes, a cualquiera de los dos regímenes, *"es 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"*.

Frente a la expresión *"libre y voluntaria"*, contemplada en el citado artículo 13, la jurisprudencia laboral entiende que la misma necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de esa decisión. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136 de 2014 señaló que no puede alegarse *"que 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"*. Además, el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), aplicable a las administradoras de fondos de pensiones desde su creación, dispuso en el numeral 1º del artículo 97 como obligación de tales entidades *"suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Por consiguiente, 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).

Respecto a la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dice la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes mencionadas, que hace referencia a *“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 lo anterior, la jurisprudencia laboral ha sido pacífica en sostener que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para tener por acreditado el deber de información por parte de las administradoras de fondos de pensiones, pues dicho consentimiento necesariamente debe ser informado. Frente al tema, la sentencia SL19447 de 2017 señaló que, *“al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante*

puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario (...); criterio que se reiteró en las sentencias SL1452 y SL1689 de 2019, en las que se agregó que “la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los 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”.

Así las cosas, al ser evidente 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, y en ese orden absolverla de las pretensiones de la demanda, sin que tampoco pueda entenderse que el actor al efectuar sus aportes al régimen de ahorro individual con solidaridad, y efectuar traslados entre administradoras, convalidó la omisión de las AFP demandadas, como lo indica Colpensiones en su recurso. Además, tampoco puede entenderse que, de conformidad con las directrices emitidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, deba tenerse como única exigencia para la validez del traslado de régimen, la manifestación de voluntad vertida por el afiliado en el diligenciamiento del formulario, como ampliamente se expuso en la jurisprudencia en cita.

Por lo tanto, observa la Sala que, en el caso concreto, no se cumplen tales presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral, pues dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que el demandante, antes de la firma del formulario de traslado a la AFP Porvenir, el 14 de febrero de 1997, 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, y lo único que se allegó al expediente al respecto, fue el formato preimpreso de “SOLICITUD DE VINCULACIÓN” que suscribió el actor a favor de la AFP Porvenir dicho día (pág. 44 PDF 12), y aunque en el mismo se consigna una constancia de que esa selección la efectuó “EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES”, lo cierto es, como ya se dijo, que tal enunciado no es suficiente para tener por demostrado el deber de información que le correspondía a dicha AFP, como ampliamente se explicó. Asimismo, en el interrogatorio de parte, si bien el demandante señaló que no fue presionado a firmar el formulario de afiliación a la

AFP no le dieron información clara, precisa en ese momento por parte de dicho fondo privado, incluso manifestó que quien le entregó el formulario de afiliación a la AFP, fue directamente el personal de recurso humanos del empleador en su momento, sin embargo, no le informaron las condiciones de cómo sería su futura pensión, y lo que le decían era que la rentabilidad en su cuenta individual iba a tener buenos rendimientos. Ahora, es cierto que la apoderada de Porvenir S.A. en su escrito de contestación señala que esa AFP cumplió con su deber de reasesoría porque le remitió al actor una comunicación proveniente de Asofondos "sobre lo que se denominó el año de gracia a fin de poder efectuar los traslados de regímenes y/o entre administradoras, antes de que entrará en vigencia la restricción de imposibilidad de trasladarse una vez le falten menos de 10 años para obtener la edad requerida para tener derecho a la pensión", sin embargo, no allegó prueba alguna de haber efectuado dicha asesoría al actor.

Además, en el traslado que efectuó el demandante en el año 1999 a la AFP Colmena hoy Protección S.A., (pág. 34 PDF 02) tampoco se allegó prueba adicional al formulario de traslado preimpreso, que consigna en términos generales las mismas constancias de que esa vinculación la realizó el demandante "EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES", sin que con ello se acredite el cumplimiento del deber de información que recae sobre las AFP, como ya se dijo ampliamente.

Por tanto, no queda otro camino que confirmar la ineficacia del traslado declarado por la juez de primera instancia.

Ahora, conviene precisar que como en este caso se decretó la ineficacia del traslado, más no de la nulidad del acto por vicios del consentimiento, como equívocamente lo entiende Colpensiones, 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., como Colpensiones lo solicitó. 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 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».

En cuanto al otro punto objeto de apelación, hay que decir que si bien el demandante, para la fecha 9 de noviembre de 2021, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con 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”, y además no era

beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que le hubiese permitido regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo conforme lo dispuso la sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional al declarar exequible el citado artículo 2º de la Ley 797 pues, según se advierte, a la entrada en vigencia de dicha norma (1º de abril de 1994), no tenía los 40 años de edad ni los 15 años de servicios allí requeridos, ya que para ese momento tenía 32 años (toda vez que nació el 4 de mayo de 1961), y tan solo había cotizado durante casi 9 años, como quiera que inició a cotizar desde el año 1985 en el RPM, de todas formas, es la misma jurisprudencia laboral la que ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar *"con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP"*, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren *"al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo"* (Sentencia CST SL1452 de 2019), por lo que en nada interfiere la edad del aquí demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se reitera, aquí no se demostró que las AFP demandadas, de manera especial, la AFP Porvenir, hubiese cumplido con su deber de dar a conocer al demandante **toda la verdad objetiva** de las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias de los diferentes regímenes, no solo la proyección de la pensión a la que las AFP hacen referencia en su recurso, sino de **toda** la información requerida para ese momento como lo ha dicho la jurisprudencia, 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. Aunado a lo anterior, conviene precisar que casos como el aquí discutido, 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 14 de febrero de 1997, cuando tan solo tenía 35 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), por lo que esta sería una razón adicional para confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

Ahora bien, para resolver el recurso presentado por la AFP Porvenir y el grado jurisdiccional en favor de Colpensiones, 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 pues 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 si se realizara el traslado de régimen sin trasladar los recursos existentes en el fondo de garantía de pensión mínima, 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 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, como lo ha indicado nuestro órgano de cierre (Sentencia SL3199-2021 Rad. 84288 del 14 de julio de 2021), esta Sala modificará la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que la AFP Porvenir igualmente reintegrará a Colpensiones no solo los valores ordenados por el juez, frente a los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración, sino también, los recursos existentes en el fondo de garantía para pensión mínima, y, además, los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y los valores utilizados en seguros previsionales. Esto por cuanto Colpensiones es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2877 del 29 de julio de 2020, en la que concluyó que:

“Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

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

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

En ese orden de ideas, no hay lugar a absolver a la AFP Porvenir de la devolución de los gastos de administración, como lo pretende en su apelación, los que deben ordenarse debidamente indexados, tal como lo indicó el juez de instancia, pues la Corte Suprema de Justicia en la sentencia ya referida, señaló que *“en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”.* Asimismo, en la sentencia SL183-2020 Rad. 87891 del 24 de enero de 2022, nuestro órgano de cierre, indicó: *“(…) en cuanto al segundo, tiene que ver con los valores objeto de devolución a favor de Colpensiones, puesto que otea la Sala que el Juez singular, limitó las mismas únicamente a los aportes efectuados junto a los rendimientos financieros, empero, excluyó ordenar el pago e indexación de los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), y en consonancia a ello se adicionará el ordinal segundo del proveído consultado”.*

Ahora, en cuanto a lo decidido en la sentencia proferida en el proceso 2021-111 por este Tribunal, referida por la apoderada de Porvenir S.A., en sus alegatos de conclusión, se advierte que allí se indicó: *”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”; manifestación en la que se mantiene esta Sala, pues los rendimientos financieros y la indexación resultan excluyentes, sin embargo, si bien en esa oportunidad, se revocó parcialmente la sentencia y se negó la indexación de las sumas objeto de traslados de la cuenta de ahorro individual, sin especificar cuáles; se ha de indicar que la Corte Suprema de Justicia, ha sido clara en señalar que *“los porcentajes sobre gastos y/o comisiones de administración y los destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima, al igual que lo descontado por concepto de primas de seguros previsionales de sobrevivencia, invalidez, deben ser transferido con cargo a sus propios recursos y debidamente indexados”*, tal como lo indicó el a quo, por tanto, es claro que en la medida que no se está ordenando indexar la devolución de los aportes, pues ellos deben trasladarse junto con los rendimientos financieros, no hay doble condena, por lo que se confirmará la sentencia en este aspecto.

Por otra parte, Porvenir solicita se estudie la excepción de prescripción respecto a la devolución de los gastos de administración a cargo de dicha entidad, en el entendido que, al no estar destinados a financiar la posible mesada pensional del demandante, son susceptibles del fenómeno prescriptivo de acuerdo a los términos que se establecen en los artículos 488 del CTS y 151 del CPTSS. Frente a este punto, no le asiste razón a la recurrente, pues la Corte Suprema de Justicia ha sido clara al indicar que no es posible tener por probada porque *“tiene adoctrinado que la «declaratoria de ineficacia es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social» (CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3199-2021)*, asimismo ha indicado que, como *“...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 SL 1688-2018, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJSL 373-2021 y CSJ SL 3537-2021)*. En consecuencia, no hay lugar a decretar prescripción alguna por los gastos de administración, máxime cuando en tratándose de traslado de régimen pensional, al ser un aspecto intrínseco al derecho pensional, es imprescriptible; y además, porque en estos juicios lo que se pretende es comprobar la manera en que ocurrió un hecho o el reconocimiento de un estado jurídico, lo cual, es también imprescriptible, esto bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben (sentencia SL 1689-2019), por tanto, se confirmará la sentencia en este punto.

Además, no hay lugar a condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones a que la AFP realice previamente la devolución de la totalidad de las sumas aquí ordenadas, pues la sentencia apelada y consultada, no le impuso a Colpensiones carga diferente a la de asumir el demandante como su afiliado.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la apelación presentada por la parte demandante, advierte la Sala que contrario a lo expuesto en su recurso, el fundamento central para negar el estudio de la pensión del demandante y para declarar probada de oficio la excepción de petición antes de tiempo, no fue precisamente, el no haberse agotado la reclamación administrativa como equívocamente lo expuso su apoderado en sus argumentos, sino porque Colpensiones tiene la obligación pensional del demandante desde el momento en que se haga efectiva la ineficacia del traslado y se devuelvan los aportes que financiarán tal prestación, pues una vez reciba esas cotizaciones podrá establecer si al demandante le asiste el derecho a la pensión reclamada, conforme al historial de cotizaciones.

No obstante lo anterior, la Sala quiere precisar que en los casos en los que la entidad pública no propone la excepción previa de falta de competencia por no haberse agotado la reclamación administrativa, como aquí ocurre, con dicha inactividad queda saneada la irregularidad, como en efecto ocurrió, al tenor del numeral 1º del artículo 136 del CGP, conforme lo ha reiterado la jurisprudencia laboral en sentencia SL, 13 oct. 1999, rad. 12221, reiterada entre otras, en sentencias SL, 24 may. 2007, rad. 30056, SL13128-2014, SL1054-2018 y SL2872-2021.

Por tanto, sería del caso estudiar la prestación aquí reclamada, no obstante, considera la Sala que no merece reproche alguno la decisión del juez, pues en efecto, la obligación de Colpensiones de reconocer la pensión de vejez del demandante inicia desde el momento en que se haga efectiva la devolución de todos *“los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Pioquinto Mora Rozo, incluyendo cuotas de administración y comisiones”*, como lo dispuso el juez en su sentencia, pues con base en tales recursos y en la información consignada en la historia laboral del actor, es que Colpensiones podrá analizar si efectivamente le asiste derecho al demandante para el reconocimiento de la prestación, y, además, podrá determinar el IBL que deba aplicarse a la mesada pensional del demandante.

Aunado a lo anterior, otro aspecto por el cual no es posible analizar el reconociendo de la pensión, es porque el demandante para la fecha de la presentación de la demanda, incluso, para la data en la que se emitió la sentencia de primera instancia, no cumplía la totalidad de los requisitos para ser acreedor a la pensión de vejez, pues si bien acredita la densidad de semanas suficientes, lo cierto es que no contaba la edad requerida en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para conceder a su favor tal prestación, pues la norma es expresa en

señalar que para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado debe reunir las siguientes condiciones:

*“1. **Haber cumplido** cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.” (Negrilla y subrayado fuera del original)

Por tanto, conforme a la norma en cita, resulta claro que para el reconocimiento de la pensión debe demostrarse el cumplimiento de los requisitos con anterioridad a la solicitud, lo que aquí no ocurrió. A lo que se suma que dentro del expediente no obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante como tampoco de su registro de nacimiento para que pueda corroborarse la fecha de su nacimiento.

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

Sin costas en esta instancia por cuanto ninguno de los recursos prosperó.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de fecha 30 de marzo de 2023 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de PIOQUINTO MORA ROZO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, AFP PORVENIR Y AFP PROTECCIÓN, en el sentido de indicar que la AFP Protección deberá reintegrar a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, como los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración, sino también, los aportes depositados en el fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales y los valores utilizados en seguros previsionales, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: RECONOCER personería para actuar en este proceso, a la doctora Yohanna Trujillo del Valle, como abogada sustituta de Colpensiones.

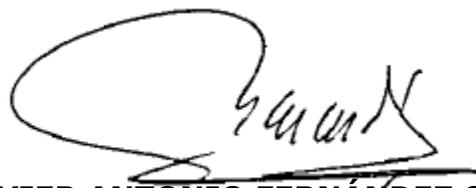
QUINTO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada



LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria