República de Colombia
Departamento de Santander

Tribunal Superior del Distrito Judicial

San Gil

Sala Civil Familia Laboral

REF: Proceso Ordinario Laboral propuesto por Luis Alfonso Peñaranda Mallungo contra Sociedad Administradora de Pensiones Porvenir S.A y La Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

RAD: 68679-3105-001-2020-00054-01

En Apelación de Sentencia.

PROCEDENCIA: Juzgado Laboral del Circuito de San Gil – Santander.

(Esta providencia se emite dando cumplimiento a las disposiciones del Acuerdo PCSJA22-11972 del 30 de junio de 2022)

M.S. Javier González Serrano

San Gil, noviembre treinta (30) de dos mil veintidós (2022).

Se resuelve el **Recurso de Apelación** que se interpusiera por los apoderados de los demandados AFP Porvenir S.A y Colpensiones S.A.; en el proceso ordinario laboral adelantado por **Luis Alfonso Peñaranda Mallungo** contra la Sentencia del veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), proferida por Juzgado Laboral del Circuito de San Gil.

ANTECEDENTES

1º. Luis Alfonso Peñaranda Mallungo cita a proceso Ordinario Laboral a Colpensiones y Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional surtido mediante afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y que para todos los efectos el demandante nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, y por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; que se condene a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones el capital ahorrado, junto a los rendimientos financieros, las sumas de dinero cobradas por concepto de comisiones de administración e indexarlas desde el momento de cobro de cada comisión hasta la fecha efectiva de la devolución o traslado de las sumas.

Los supuestos fácticos pertinentes para resolver el recurso de alzada se resumen así:

Que se encontraba afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones, desde el 07 de septiembre de 1990 hasta el 30 de abril de 1998; el 1 de mayo de 1998 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., a la cual se afilió por que un agente comercial de dicha entidad se acercó y le indicó que allí iba a adquirir la pensión de vejez con mayor facilidad al no ser necesario el cumplimiento de una edad determinada, que el monto de la mesada pensional sería superior; y que el RPM iba a desaparecer por la liquidación y supresión del ISS.

Que la AFP Provenir S.A., no le dio información suficiente, objetiva y clara sobre cada uno de los regímenes y no le informó que no podría trasladarse luego de cumplir 52 años. Señala que en la simulación de la mesada pensional realizada por la entidad, de seguir cotizando a sus 62 años la mesada equivaldría a $2.258.500, la que sería mayor en el Régimen de Prima Media.

Informa que presentó reclamación administrativa ante Colpensiones el 20 de enero de 2020 solicitando hacer efectiva nuevamente su afiliación, teniendo en cuenta la ineficacia del traslado al RAIS, la cual fue resuelta de manera negativa argumentándose que el demandante se encuentra a diez o menos años del requisito de tiempo para pensionarse.

2º. Contestación de personas jurídicas demandadas:

2.1. La demandada, **COLPENSIONES**, en lo sustancial se opuso a las pretensiones, adujo que no le constaban diversos hechos y a la vez propuso excepciones de mérito. Los aspectos relevantes de la posición de ellos frente a la demanda se resumen enseguida:

El sustento radicó en que no se evidencia ausencia de alguno de los requisitos del artículo 1502 del C.C. en el traslado de régimen, ni que se hubiese inducido en error o engaño a la demandante. Al tiempo que, en el acervo probatorio no se encuentra elemento que permita dar cuenta de que se presentó una falta de información al llevarse a cabo la suscripción del formato de afiliación, coligiendo que no existe fundamento para la declaratoria de nulidad del acto que dio origen al traslado de régimen pensional.

En su defensa propuso varias excepciones de fondo. En principio la de *"Buena Fe",* fundada en el actuar correcto de la entidad; *"inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir",* apoyada en que las pretensiones carecen de fundamentos facticos y jurídicos en contra de la entidad; "*Prescripción",* soportada en el artículo 488 del CST; "*Cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación*", argumentando que la prestación económica no reconocida fue decidida conforme a derecho, por lo que no existe razón para que el demandante reclame un derecho del

que no es acreedora; "*Inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*", sustentada en que la ineficacia o nulidad es inoponible frente a terceros de buena fe como Colpensiones y la "*innominada o genérica*".

2.2. La demandada, **PORVENIR S.A.,** en la contestación de la demanda se oponen a las pretensiones. Sobre los hechos arguye que no son ciertos, algunos no le constan y otros son ciertos, proponen excepciones de mérito, bajo los argumentos que se sintetizan a continuación:

Arguyen que la vinculación al Fondo de Pensiones se realizó bajo pleno conocimiento y ejercicio de la libre escogencia; que el formulario de afiliación es prueba de ello, pues el personal de la entidad se encuentra capacitado para suministrar la información principal y necesaria.

Proponen las siguientes excepciones de mérito: *"Cumplimiento de las obligaciones propias* del objeto y de la naturaleza jurídica de Porvenir S.A.", fundada en que la entidad ha cumplido las solicitudes de información y tramites que está obligada a cumplir. "*Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual*", sustentada en que el demandante tuvo los mecanismos para retornar al RPM. *"No es viable el traslado de el demandante al régimen de prima media",* porque no es viable el traslado al no cumplirse los requisitos de la ley 797 de

2003 y en los precedentes jurisprudenciales. *“Inexistencia de la obligación reclamada*”, señala que no se dan los supuestos de hecho o jurídicos para el reconocimiento de las pretensiones. *“No se reúnen los presupuestos de la ley para la configuración de la nulidad o ineficacia pretendida”,* fundada en que la vinculación no se encuentra viciada al haberse realizado conforme a los apremios de ley. “*Falta de título y causa en la demandante”,* sustentada en que no se dan los supuestos de hecho para el reconocimiento de las pretensiones. “*Cobro de lo no debido*” argumentando que no existe ningún derecho a favor del demandante. Esgrimiendo por último “*Prescripción sin aceptación de la obligación”, “Buena fe de Porvenir S.A.”* y “*Excepción perentoria innominada o genérica*”.

Sentencia de Primera Instancia

La decisión emitida por la *A Quo* declaró la ineficacia del traslado del señor Luis Alfonso Peñaranda Mallungo del Régimen de Prima Media al RAIS el 30 de marzo de 1998, con vigencia a partir del 01 de mayo de 1998 mediante la afiliación a la AFP Porvenir S.A.; condenó a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional; condenó a Porvenir S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los saldos que estén en la cuenta del demandante, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, las comisiones, gastos de administración junto con los rendimientos e intereses, así como los valores

utilizados en seguros previsionales y finalmente condenó en costas a la parte demandada.

La juzgadora al arribar a tales conclusiones tuvo en cuenta la normatividad y jurisprudencia sobre el deber de las AFP a brindar información completa y suficiente antes del traslado de régimen. También que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la carga probatoria sobre el consentimiento informado en el traslado de régimen recae sobre la administradora de fondos de pensiones, además de ser una obligación de estas entidades según el Decreto 663 de 1993.

En tal sentido denotó que una vez analizados los medios probatorios allegados por la parte demandante y por las demandadas, que los formularios de afiliación aportados no cumplían con las características de información que se requieren, habida cuenta que según la sentencia SL 4426 del 2019 en cuanto a que la simple suscripción del formulario de afiliación, no demuestra el *"consentimiento informado*".

Por lo tanto, el Despacho considera que no se aportaron los medios de convicción tendientes a demostrar que la información suministrada a la demandante al momento de efectuar el traslado se hubiera brindado de manera detallada, veraz, suficiente y ajustada al caso particular. Señala que en los formularios de información nada se indica respecto a las

consecuencias que trae consigo la afiliación al RAIS; que a pesar de haberlo suscrito el actor voluntariamente, no desliga a la AFP de su obligación de brindar toda la información necesaria.

Aunado a lo anterior, la AFP tampoco demostró que para la fecha de las afiliaciones se hubieran llevado a cabo capacitaciones a los asesores comerciales de dichas entidades, ni prueba de que en dichas asesorías se le hubiere brindado información al señor Peñaranda Mallungo que le permitiera tomar una decisión libre, espontanea e informada sobre el cambio de régimen.

Con base en lo anterior la juzgadora de instancia concluye que no se dieron los presupuestos de validez del traslado, pues para ello se requiere que sea una expresión de voluntad del afiliado, derivada de un consentimiento informado y al no haberse suministrado la información idónea, considera que resulta procedente la declaratoria de ineficacia y con ello, la obligación de las AFP de devolver las cosas al estado en que se encontrarían si nunca se hubiera dado el traslado, incluido lo correspondiente a comisiones por administración y el seguro previsional.

En cuanto a las excepciones colige que no se encuentran probadas y respecto a la excepción de prescripción propuesta por las accionadas, el juzgado señala que dicha acción es

imprescriptible al estar ligado con la construcción de un derecho pensional, el cual no se ha causado. Y que la sentencia SL-1421 de 2019, "*precisó que todas aquellas cuestiones innatas al derecho pensional no pueden verse afectadas por el transcurso del tiempo; en ese sentido, enfatizó que la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, al ser parte del derecho irrenunciable a la seguridad social.*"

Impugnación

1° La apoderada judicial de la demandada **Porvenir S.A.,** presenta Recurso de Apelación contra el ordinal *"3°",* con fundamento en los siguientes argumentos:

Aduce que no le asiste razón a la juez de primera instancia al haber declarado la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante en 1998, al no haberse acreditada la indebida asesoría y que por el contrario la AFP actuó bajo los presupuestos legales, siendo errado que se endilgue la indebida asesoría, cuando han transcurrido más de 23 años desde la suscripción del formulario, así como un segundo

formulario en el año 2006, pues dichos actos fueron realizados bajo la libre elección.

Aduce que para la época de la afiliación no se exigía soportarla con un documento adicional al formulario, que la aplicación retroactiva de la ley solo opera de manera excepcional y de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, todo contrato se entenderá incorporado con las leyes vigentes al momento de la celebración.

Que, el demandante permaneció más de 23 años siendo una expresión de la voluntad, la cual se materializa a través de la generación de aportes y la permanencia ininterrumpida. Solicita también que se tengan en cuenta las sentencias SL3752 del 2020, SL 4934 del 2020 y SL 1061 del 2021, sobre los actos de relacionamiento.

Resalta que en el interrogatorio de parte del demandante este manifestó que recibió información sobre las condiciones del régimen en cuanto a rendimientos, dineros trasladados a la masa sucesoral y pensión anticipada; que no ahondó sobre las manifestaciones de que el ISS se iba a acabar; no leyó el formulario de afiliación; no verificaba los extractos pensionales; y que solo hasta el final de su vida laboral se acercó a la AFP a solicitar información. Aduce que el móvil de la solicitud de traslado del demandante fue el monto de la pensión y no la indebida asesoría.

Señala que al ordenarse la devolución de las cuotas de administración se encontraría ante un enriquecimiento sin justa causa del demandante, al estar recibiendo los rendimientos generados por la buena administración, vulnerándose el derecho a la igualdad y privilegiándose a una de las partes del contrato declarado ineficaz.

Que dichos rubros se obtienen en virtud de las exigencias de la Superintendencia Financiera, en cuanto al aseguramiento de riesgos de invalidez y muerte del afiliado, y los rendimientos causados. Al igual, que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, señala que la *"comisión de administración",* no hace parte de los recursos pensionales. Alude, que de acuerdo con el concepto de la Superfinanciera con radicado 2018-152669-003-000 del 17 de enero de 2020, no es procedente que se ordene a las administradoras la devolución de las cuotas de administración.

2° La apoderada judicial de la demandada, **COLPENSIONES**, presenta Recurso de Apelación con fundamento en los siguientes argumentos:

Aduce no encontrarse de acuerdo con la condena respecto del retroactivo pensional, toda vez que la entidad ha estado

cumpliendo con la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS, además de que, según lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal *"e"*, modificado por la ley 797 de 2003, artículo 2, se establece que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, por lo que se encontraba cumpliendo la normatividad y que recientemente es notificada de recibir al accionante y a reconocer y pagar la pensión, por lo que el retroactivo no es una carga que este obligada a soportar.

Alegaciones de Instancia

De Colpensiones: A través de apoderada judicial allegó escrito de alegaciones en donde señala que no hay motivos suficientes para declarar la ineficacia del traslado, al no haberse logrado demostrar la indebida o insuficiente información. Ello porque la demandante manifestó haber firmado el formulario sin leer lo que le ofrecían, puesto que se trasladó porque le convenía por la edad al poder pensionarse anticipadamente, que le recibió una charla y que no realizó ningún acercamiento para retornar al régimen de prima media.

Colige que la afiliación de la demandante al RAIS se realizó con cumplimiento de los requisitos del artículo 1502 del C.C. y

que, si bien es cierto que las administradoras tienen el deber de información oportuna, completa y veraz, el ciudadano también tiene el de auto-información pero la demandante nunca acudió a Colpensiones a recibir asesoría.

De Luis Alfonso Peñaranda Mallungo: Igualmente, a través de apoderado judicial allegó escrito de alegaciones en el cual manifiesta que se encuentran probados los supuestos facticos de las normas, especialmente los articulo 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993. Que el demandante pertenecía al Régimen de Prima Media, que se trasladó el 30 de marzo de 1998 al RAIS, que la demandada Porvenir S.A., no cumplió con su deber de información, haciendo relación a la línea jurisprudencial sobre el tema de controversia.

Hace especial énfasis en la sentencia SL12136 de 2014 en cuanto para cumplir los requisitos mínimos de transparencia no es suficiente informar los beneficios del Régimen, para controvertir los argumentos de la AFP Porvenir S.A.. Aduce que para ver cumplida la carga del deber de información y transparencia se requiere el afiliado de un consentimiento debidamente informado; razón por la cual los formularios de afiliación no constituyen dicho consentimiento, y según la jurisprudencia, no es posible asumir de este que el afiliado recibió información oportuna y suficiente; por lo tanto, que según la jurisprudencia y la normatividad, como lo es el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los formularios y la

aceptación de las cláusulas son insuficientes para materializar el consentimiento informado.

Señala que la suscripción de formularios de actualización de datos y de distribución de aportes no pueden ser catalogados como actos de relacionamiento que ratifiquen la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS, puesto que lo que se debe auscultar es si la AFP cumplió con el deber de información, sin que los actos posteriores cambien la cuestión objeto de *litis*. Sobre el interrogatorio de parte indica que este no evidencia el cumplimiento del deber de información, al contrario con él se confirma la pretermisión de la obligación y el actuar mal intencionado de la entidad.

En cuanto a la inconformidad frente a las sumas que debe devolver la AFP Porvenir, resalta que son estas las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, lo que se evidencia con lo establecido en la sentencia SL5280 de 2021.

Consideraciones para Resolver

Se hace necesario en principio observar que no se echan de menos presupuestos formales que impidan el pronunciamiento

de fondo a que haya lugar. A su vez, se detenta la competencia funcional para resolverse los sendos recursos de apelación que se interpusieran contra la sentencia que resolviera en la primera instancia el presente proceso.

Ahora, de conformidad con lo establecido en el Art. 66A del CPLSS, se torna imperioso resaltar que el ámbito de la decisión que deba emitirse por esta Colegiatura, para efectos de resolver el recurso de alzada, deberá estar regida por los aspectos que se cuestionaron en torno a la providencia recurrida. De tal manera que solo los reparos debida y oportunamente sustentados contra la sentencia del A Quo, determinarán los problemas jurídicos que deban resolverse en consecuencia.

En tal orden de ideas y de conformidad con los reclamos de los apoderados de las dos entidades administradores de pensiones Porvenir S.A. y Colpensiones, conllevan a que se formulen como problemas jurídicos todos orientados a que se revoque la declaración de ineficacia del traslado o cambio de régimen pensional. Por lo mismo, se impone para su resolución adentrarse en los presupuestos normativos y jurisprudenciales que deben ponderarse para la respuesta de cada uno de los problemas jurídicos derivados de las sendas apelaciones de las AFP.

En procura de resolver los problemas jurídicos planteados y derivados de la sustentación del recurso de alzada, debe denotarse que ya está Colegiatura tuvo la oportunidad de pronunciarse en situación análoga a la que aquí se estudia. Al respecto en Sentencia del 21 de junio de 2022, radicado: 68679-31-05-001-2019-00232-01[1], se expuso lo siguiente:

"Así, en lo que hace alusión al primer aspecto objeto de estudio la Sala ciertamente debe resaltar cuál es la doctrina jurisprudencial sobre el particular, habida cuenta que han sido múltiples los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, que como autoridad unificadora de la Jurisprudencia ha pronunciado sobre estas materias. Y ello, además, para determinar si tal clase de subreglas son aplicables a la situación sub júdice y por qué esta Colegiatura asume posición al respecto, sobre la que valga observarlo, aún no se ha emitido precedente análogo.

Así, en reciente fallo, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, expuso y reiteró al resolver en vía de Casación asunto análogo al aquí objeto de resolución. Al respecto en la Sentencia SL1214-2022 del 6 de abril del presente año, insistió en las siguientes subreglas jurisprudenciales:

> *"Con el anterior norte, es pertinente rememorar que, en múltiples oportunidades, esta Corte ha abordado el punto materia de discusión, para definir que ese trascendental acto debe ser libre y voluntario, pero además, precedido de información clara y veraz sobre las ventajas y desventajas del cambio (CSJL SL1452-2019 y CSJ SL373-2021).*
>
> *Indistintamente, la Corporación ha insistido en la imperiosa necesidad de que en sede judicial, la problemática*

[1] Reiterada en providencia de esta misma Corporación dentro del proceso Ordinario laboral radicado 2020-0046, del 15 de noviembre de 2022.

planteada «debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (art. 1746 CC)» (CSJ SL3199-2021); según el criterio de la Sala, la consecuencia de la inobservancia del deber de información es la ineficacia, que genera privar de todos los efectos jurídicos el traslado, como si nunca hubiera existido.

También, se ha decantado que la firma del formulario de afiliación y su contenido, no suplen el deber de información y el consentimiento informado (CSJ SL4964-2018, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL2877-2020).

Del mismo modo, ha estimado inaceptable condicionar la declaratoria de ineficacia a la existencia de una expectativa pensional concreta o de un derecho adquirido; en esa línea, se ha adoctrinado que para que se imponga la consecuencia aludida, no es necesario que al momento del cambio de régimen, el afiliado cuente con uno de esos privilegios (CSJ SL2611-2020). Lo relevante, se ha repetido, es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional.

De otro lado, la permanencia de la afiliada en el RAIS, a pesar de los varios traslados de AFP, no representa por su naturaleza una ratificación o convalidación del acto inicial de traslado, como lo entendió el ad quem. Los movimientos entre administradoras del régimen de ahorro individual no tienen ese alcance. Así lo explicó la Corte recientemente:

Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de

ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

(…).

(…) ni esa afiliación inicial ni los tránsitos entre fondos privados denotan que la persona estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador.

Antes bien, en el marco jurídico que gobierna a estos asuntos, atrás explicado, si se acredita que la AFP no cumplió con su deber de información, en realidad indicaría que aún con el prolongado paso del tiempo y pese a los diferentes traslados entre fondos privados de pensiones, la persona no pudo acceder a su derecho básico a obtener una información suficiente sobre tan vital elección, aspecto que profundiza el desacato a este deber por parte de los fondos privados y, en consecuencia, la ineficacia del traslado.

Por lo tanto, la mera decisión de escoger entre una y otra administradora en el régimen de ahorro individual, así como trasladarse entre entes pensionales de este esquema, no reemplaza o suple la omisión de la entidad administradora en el cumplimiento de su deber de información a los afiliados que pretende captar; […].

El anterior criterio es el precedente vigente y en rigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y corrige cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en las sentencias CSJ SL3752-2020, CSJ SL4934-2020, CSJ SL1008-2021, CSJ SL1061-2021, CSJ SL2439-2021, CSJ SL2440-2021 y CSJ SL2753-2021.

La Sala destaca que si bien, es viable que los jueces se aparten del precedente vertical, tal posibilidad debe estar acompañada de una carga argumentativa suficiente que justifique la adopción de una postura diferente a la de la Corte. En este caso, para apartarse del precedente reiterado en providencia CSJ SL1452-2019, el Tribunal arguyó que «dicha sentencia se encuentra emanada por (sic) 5 magistrados de la Corte Suprema, de los cuales uno está impedido y dos presentan aclaraciones de voto, las cuales esas aclaraciones son desconocidas para esta Sala de decisión toda vez que no han sido emitidas las mismas».

Llama la atención de la Sala el raciocinio del que se valió esa colegiatura, para abstenerse de hacer operar el precedente citado, en tanto nada tiene que ver con un criterio jurídico divergente, sino con el número de magistrados que la suscribieron, el impedimento de uno de ellos y las aclaraciones de voto que hicieron otros dos, como si por ello la providencia no tuviera la condición de sentencia judicial emanada del órgano de cierre de la especialidad laboral y de la seguridad social de la jurisdicción ordinaria.

A propósito de la obligatoriedad del precedente, esta Sala en la decisión CSJ SL4823-2021, expresó:

Se recuerda, es factible que los jueces se aparten del precedente jurisprudencial, pero para ello se requiere esgrimir una argumentación suficiente, tal como lo explicó la Sala en la sentencia CSJ SL440-2021:

[…]

En este sentido, de existir un precedente aplicable, los jueces laborales deben identificarlo -carga de transparencia- y, hecho esto, acatarlo o disentir del mismo. Si es lo segundo, asumen la obligación de desplegar una carga argumentativa suficiente que explique las razones del disenso -requisito de suficiencia, bien por: (i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, (ii) cambios normativos, (iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, dado que los jueces deben adaptarse a las exigencias que impone la realidad y reconocer la evolución del derecho (CC T-446-2013), o (iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales (CC C-621-2015).

En ese orden, el Tribunal omitió el cumplimiento de la obligación reseñada, con claro compromiso de derechos y valores constitucionales y legales como los de igualdad, debido proceso y buena fe, de crucial trascendencia a la hora de preservar la confianza en las decisiones de los jueces.

Queda claro que el juez de alzada se equivocó y, por ende, se impone el quiebre de la sentencia gravada. Sin costas, dada la prosperidad de las acusaciones."

En relación con la doctrina expuesta esta Colegiatura ciertamente no podría desatenderla. Ello porque amén de que se ha plasmado en múltiples fallos y ello demuestra la solidez y claridad de las subreglas allí expuestas, como doctrina probable, no se tendrían fundamentos sustantivos, normativos o jurisprudenciales para que la solución particular de la situación en examen tenga otra connotación. Conclusión obligada de ello es que, la situación fáctica que subyace en el presente caso, deberá entonces sujetarse a estas reglas y con base en ellas se analizarán en consecuencia los reparos que se hicieron contra la sentencia apelada.

En tal orden de ideas, ciertamente el ámbito de la información que pudiera haberse dado a la persona afiliada a las RAIS, se torna trascendental o determinante para la prosperidad de esta clase de pretensiones. Así, valga reiterar lo que ha expuesto insistentemente la Jurisprudencia: "…es pertinente rememorar que, en múltiples oportunidades, esta Corte ha abordado el punto materia de discusión, para definir que ese trascendental acto debe ser libre y voluntario, pero, además, precedido de información clara y veraz sobre las ventajas y desventajas del cambio (CSJL SL1452-2019 y CSJ SL373-2021). Amén de ello, si se suscitó información, cuáles fueron sus alcances, si fueron suficientes, cuáles serían las subreglas probatorias para el efecto y en general los demás aspectos interrelacionados.

Y ciertamente sobre la trascendencia de la información que debe ser suministrada a quien se afilia a un fondo de pensiones tiene lógicas consecuencias jurídicas y así se ha reconocido en nuestra normativa sustantiva. Al respecto en la sentencia SL1452-2019, del 3 de abril de 2019, emanada de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia se hace una análisis amplio e histórico de tal obligación. Al respecto el aparte conclusivo de lo allí ampliamente expuesto es el siguiente extracto:

> *"El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:*

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los*

	1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n. 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que

con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

> *Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional,*

no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica 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*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al dar por satisfecho el deber de información con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación, sin averiguar si en verdad el consentimiento allí expresado fue informado."

Ahora, también en el precedente citado se reiteraron subreglas de orden probatorio. Sobre el particular se expuso allí 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.

Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

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.

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

> *Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros."*

En tal sentido y siguiendo en integridad los parámetros jurisprudenciales, así como el precedente propio de esta Sala, veamos en principio en torno a la ineficacia declarada en la sentencia de primera instancia, si los reparos que endilgaron las AFP Porvenir y Colpensiones, tienen o no vocación de prosperidad para revocar lo así resuelto.

Veamos inicialmente lo problemas jurídicos planteados por la AFP Porvenir S.A.:

¿Se demostró dentro del proceso que la AFP Porvenir S.A., siempre actuó bajo los presupuestos legales y que, por ello, mal podría endilgársele una indebida asesoría al demandante? ¿Tiene incidencia en la ineficacia del traslado, el hecho de que haya transcurrido un largo tiempo, en el presente que es de 23 años? ¿Las manifestaciones que se hicieron por el actor en el interrogatorio de parte, connotan reconocimiento de aspectos fácticos que impiden la procedencia de la pretensión de ineficacia? ¿Erró la juzgadora de instancia al exigirle a la AFP,

la carga probatoria en su contra, cuando para la época de la afiliación, no existían directrices legales que exigieran a las AFPS, soportar el acto jurídico de afiliación con un documento adicional al formulario mismo y por ende, la filiación se realizaba de manera verbal con la explicación debida de todas las condiciones y prerrogativas del régimen? Igualmente, ¿exigir soportes probatorios adicionales se encuentra en contravía del principio de legalidad y de seguridad jurídica y confianza legítima de las administradoras? ¿Al declarar la ineficacia en los términos que han reconocido, se estaría dando aplicación retroactiva de la ley y así también desatendiendo lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, según la cual en todo contrato se entenderá incorporado las leyes vigentes al momento de su celebración? Y finalmente, ¿es procedente aplicar los criterios adoptados por la Sala de Descongestión en las sentencias SL 3752 del 2020 SL 4934 del 2020 y SL 1061 del 2021, por lo que se denomina como *"actos de relacionamiento*", también denotados en la Sentencia SL 413 del 2018, de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y ponderación con los 23 años de permanencia del demandante el régimen?

En tal orden ideas y con miras a resolver todos los problemas jurídicos denotados, valga insistirse por esta Colegiatura, tal como también se ha hecho en oportunidades anteriores, constituye un imperativo en atender las subreglas jurisprudenciales con el alcance de doctrina probable. Y

ciertamente la cita del precedente de la H. Corte Suprema de Justicia, la sentencia SL1214-2022, denota que allí se reitera la doctrina imperante y que ha unificado la jurisprudencia nacional, en torno a los aspectos jurídicos debatidos y derivados de las controversias en torno a las demandas orientadas a que se declare por el Juez Laboral la ineficacia de los traslados el régimen pensional privado al público.

Así las cosas, en principio se precisa como de gran relevancia para la decisión que deba adoptarse, vale decir, la procedencia de la ineficacia del traslado, si la persona que en su momento cambió de régimen "…*estaba debidamente informada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos…",* en los términos que se denotan clara y expresamente en la sentencia citada, se insiste en la SL1214-2022*,* en la que reitera la doctrina, ella se torna muy reciente y a la vez, posterior a las que se invocan por el profesional del derecho que representa a Porvenir S.A., que como se denotó, una corresponde al año 2018, dos del año 2020 y una del año 2021.

Por lo anterior necesario resulta colegir que el primero de los problemas jurídicos planteados por el apoderado de Porvenir y referido a que si se demostró dentro del proceso que ésta AFP, siempre actuó bajo los presupuestos legales y que por ello, mal podría endilgársele una indebida asesoría al demandante, no

se torna pertinente para enervar las pretensiones de ineficacia, porque lo que podría atajar realmente lo así pretendido, deriva solo de la debida, completa y oportuna información en el momento de cambio de régimen.

Ahora, también se deriva del recurso de la misma AFP, el siguiente cuestionamiento: ¿Tiene incidencia en la ineficacia del traslado, el hecho de que haya transcurrido un largo tiempo, en el presente que es de 23 años? Y la respuesta se impone como negativa, porque como lo denota con absoluta claridad el precedente citado, el tiempo de permanencia en las RAIS, no tiene vocación de purgar la falta de información en los términos exigidos por la jurisprudencia.

Ahora, también como se denotó se derivaron también problemas jurídicos relacionados con la carga probatoria. En tal sentido, se reparó frente a exigencias a la AFP privada de suministrar información que de un lado no le era impuesta y que además, entonces se hacía de manera verbal, cuando para la época de la afiliación, no existían directrices legales que exigieran a las AFPS, soportar el acto jurídico de afiliación con un documento adicional al formulario mismo y por ende, la filiación se realizaba de manera verbal con la explicación debida de todas las condiciones y prerrogativas del régimen. Igualmente, si exigir soportes probatorios adicionales se encuentra en contravía del principio de legalidad, de seguridad jurídica y confianza legítima de las administradoras.

Juzga esta Colegiatura que el ámbito de la carga probatoria en esta clase de controversias, también ha sido objeto de fijación doctrina por las diversas sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, siendo la citada atrás claro ejemplo de ello. Al tiempo, también esta misma Sala ha expuesto su criterio al respecto, denotando que al pregonarse la ausencia de una información debida, completa y oportuna, se consigna desde el punto de vista lógico jurídico probatorio una negación indefinida y por ende, desplaza la carga a su contraparte. Y en este evento, es la correspondiente AFP, la obligada a allegarle al juzgador los medios demostrativos de que sí cumplió con ese deber legal.

Por lo anterior no podría colegirse que al exigir que la AFP allegue la información correspondiente y en los términos exigidos por las subreglas jurisprudenciales, que se esté atentando contra el principio de legalidad y la confianza legítima. Ciertamente la legalidad se determina por criterios de interpretación y que si son emanados de los jueces, en principio deben seguir las pautas interpretativa y unificadoras de la Jurisprudencia por parte del órgano de cierre, en este caso la H. Corte Suprema de Justicia, a través de la su Sala de Casación Laboral.

Reparó también el recurrente por la AFP Porvenir S.A., que al declararse la ineficacia en los términos que han reconocido, se

estaría dando aplicación retroactiva de la ley y así también desatendiendo lo dispuesto en el Art. 38 de la Ley 153 de 1887, según la cual en todo contrato se entenderá incorporado las leyes vigentes al momento de su celebración, lo cual no puede ser avalado por la Sala por lo siguiente:

En la jurisprudencia se ha explicado que el acuerdo entre un afiliado y una administradora de pensiones, requería de un consentimiento informado. Ello a partir de colegir que los administradores de pensiones, sí estaban en la posibilidad jurídica, material y técnica de suministrar a quien solicitaba un traslado de régimen pensional, información con los alcances que también han sido cualificados o determinados por las mismas subreglas. E incluso en el precedente se hace la debida relación de la normativa, de orden legal en la que es apoya tal exigencia. Por consiguiente, esas serían entonces las normas que regían tal clase de negocios jurídicos.

Y por lo mismo, para las AFP Privadas, era su deber brindar tal clase de información y que incluso, se ha insistido en que el formulario respectivo para el efecto, no es suficiente. Y en tal sentido, no se comparte el criterio expuesto por la parte recurrente al indicar que se estaría aplicando normativa contractual de forma retroactiva e incluso dejando de atender las reglas propias en torno a las afiliaciones y traslados de régimen pensional.

Ahora, también el apoderado de Porvenir S.A., a partir de las respuestas dadas por el demandante, el señor Luis Alfonso Peñaranda Mallungo, en su interrogatorio de parte, connotan reconocimiento de aspectos fácticos que impiden la procedencia de la pretensión de ineficacia. Sobre el particular veamos los argumentos específicos:

Que él manifestó que recibió información sobre las condiciones del régimen al cual se estaba afiliando, en cuanto a rendimiento de dineros que eventualmente serían trasladados a su masa sucesoral y asimismo la pensión anticipada, "…*que efectivamente son condiciones particulares del régimen; que igualmente se indicó que se atuvo a esas manifestaciones de que el ISS se iba a acabar y que en efecto acaecido, sin haber ahondado dicha información con la administradora directamente implicada, esto es con él ISS o con Colpensiones hoy en día."* No obstante, tampoco pueden aceptarse por esta Colegiatura por lo siguiente:

En precedente de la H. Corte Suprema de Justicia, en torno al ámbito particular de la información debida, valga insistir en la cita, entre otros aspectos, explicó lo siguiente:

> *"…acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos. En otros términos, no prueba por sí mismo y mucho menos genera una especie de presunción relativa a que la voluntad reflexiva de la*

> *persona afiliada al materializar su acto de traslado de régimen pensional y de los posteriores tránsitos entre administradoras estaban nutridos con la debida ilustración en los términos explicados, ni así lo ha previsto el legislador."*

Por consiguiente, aun aceptando las apreciaciones del recurrente, la información altamente cualificada que debió darse, no está demostrada. Por lo mismo, el conocimiento general que entonces podía tener una persona, habida cuenta su condición personal, social o profesional, no puede considerarse suficiente o que permita inferir que el deber de información de la correspondiente AFP se había cumplido y tal conocimiento de quien iba a cambiarse de régimen era innecesario. Y si ello es así, tampoco puede aceptarse el reparo expuesto por el señor profesional del derecho que representa a Porvenir S.A. Porque se cuestiona la Sala: Dónde estaría el conocimiento o aceptación del señor Luis Alfonso Peñaranda Mallungo, de las "…*ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos...".* Sencilla y claramente, no obra prueba de ello.

Asimismo, indicó que no leyó realmente el formulario de afiliación, máxime que se trataba de una información importante cómo lo era su traslado de régimen pensional. Sin embargo, ello no puede inferirse como aceptación plena de la existencia del debido consentimiento informado, porque se ha insistido en la doctrina jurisprudencial que la consignado en los

respectivos formularios de afiliación, ciertamente no tienen la posibilidad de cumplir con tal deber.

Igualmente indicó que pese a los extractos pensionales los recibía cada tres meses aproximadamente que alguno de ellos lo revisaba y en su mayoría pues realmente no los verificaba lo que evidencia esa falta en su deber de cuidado y diligencia respecto a su futuro pensional. También se denota que el actor reconoce que no acudió a la AFP a solicitar información adicional por los canales que se encuentran dispuestos por la administradora y que solo hasta el final de su vida laboral es que se hace. Porque solo evidencia que hubo una actualización de datos en el año 2007, así como un formulario de afiliación en el año 2006 momentos para los cuales todavía se encontraban o no habían superado ese límite legal de los 10 años para trasladarse que fue impuesto a partir de la Ley 797 del 2003.

Sin embargo, como se ha expuesto y reiterado por la doctrina jurisprudencial, la conducta posterior de quien no recibió la información debida y en particular, endilgar omisión del afiliado al no concurrir a las administradoras a recibir la información respectiva, antes de la posibilidad jurídica que se tiene para el traslado voluntario, es decir, antes de los 10 años para acceder a una eventual pensión, no se convierte en hecho igualmente enervante de la pretensión de ineficacia, porque ha de insistirse: El hecho que genera este efecto jurídico deriva en principio del propio momento de la afiliación. Por el contario, tal

deber debió asumirse en su momento por la AFP, que ciertamente desde el comienzo podía y debía suministrar la debida información.

Y también se cuestionó por el apoderado recurrente que "…*realmente el móvil de su solicitud de traslado que fue objeto de esta demanda fue el evento al monto de la pensión y no la supuesta indebida asesoría que se indilga a la administradora...”*, lo cual tampoco puede enervar la pretendida ineficacia, porque el hecho que la conlleva, esto es la falta de información debida, debe reconocerse como demostrado; por no existir la prueba o demostración inequívoca que conlleva a un convencimiento distinto. De tal manera que el interés que *a posteriori* de la afiliación se pueda tener, no puede tener la connotación que le imprime el profesional que representa los intereses de la AFP Porvenir S.A.

Ahora, también AFP Colpensiones, expuso reparos a la declaración de ineficacia. Al respecto, los problemas jurídicos que se plantean de sus argumentos, la Sala los determina así:

Se dolió el recurrente que representa los intereses de la AFP pública que no debió proceder la declaración de ineficacia porque la voluntad del actor fue la de "…*pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad social desde el año en que se realizó dicho traslado, sin ninguna presión.”* Con ello dando a entender que la permanencia en el sistema o el cambio de

régimen solo dependía del consentimiento del interesado, sin detener el por qué se había hecho explícita la voluntad en tal sentido, dejando de lado el ámbito de la información debida, para de ello derivar el verdadero consentimiento informado. Lo así alegado ciertamente se torna en un argumento que no puede conllevar una decisión revocatoria de lo resuelto en la primera instancia.

Se reparó también frente al fallo recurrido que la conducta de la AFP, "… *siempre estuvo guiada por el respeto de una normatividad que de manera plausible regía el derecho a la controversia";* que en todo caso se atendieron las previsiones del "…*artículo 13 de la ley 100 de 1993 literal es modificado por la ley 797 del 2003 artículo 2…"*, que alude a la imposibilidad de los traslados de régimen antes de los 10 años. Sin embargo, el ámbito del debate deviene del momento en que hubo cambio de régimen, más no el por qué, no se aceptó tal cambio en tal interregno de tiempo. Y ampliamente se ha explicado el por qué lo resuelto en la primera instancia se ajusta a derecho.

Se alegó igualmente que obligar a Colpensiones "…*reconocer un retroactivo pensional es una carga que me representa a nuestra obligada a soportar y a su vez genera un detrimento patrimonial para el tesoro público…",* lo cual no puede ser aceptado con tal grado de impacto jurídico y fiscal, porque se están aplicando subreglas jurisprudenciales reiteradas que determinan cómo analizar las situaciones concretas, por

consiguiente, se trata de aplicar valores normativos y jurisprudenciales más no otro tipo de parámetros de decisión.

En otro orden de ideas, el profesional del derecho que representa a la AFP Porvenir S.A., también solicitó en el momento de interponer el recurso de alzada, que si la Sala decidía confirmar la ineficacia que fuera declarada, de forma subsidiaria invocaba que no se confirmara lo concerniente con las cuotas o gastos de administración teniendo que éstas se cobraron por disposición del Art. 39 Del decreto 656 de 1999, en cuanto a la condena a reintegrarlas, sea revocada porque procediendo en tal sentido conllevaría al demandante "…*un enriquecimiento sin justa causa pues estaría recibiendo unos dineros generados por la administración o la gestión de la cuenta de ahorro individual por parte de mi mandante, sin entrar a reconocer ningún tipo de valor o concepto por esta gestión realizándose una interpretación acorde con la Constitución y con la leyenda instrumento del patrimonio de mi representada y vulnerándose su derecho a la igualdad al privilegiarse de manera injustificada a una de las partes del contrato que hoy Fue declarado como ineficaz.* Y también se observó que "…*dichos rubros son efectuados en virtud de las disposiciones exigencias legales de la Superintendencia Financiera, en cuanto al aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte del afiliado, así como el cubrimiento de los rendimientos que se causan en favor del mismo. Igualmente el artículo 20 de la ley 100 de 1993, señala que la condición de administración no hace parte. Esos recursos personales*

dirigidos financiar las prestaciones económicas, sino como se reitera se ha venido insistiendo hacen parte retribuyen la gestión efectuada por las administradoras…".

Al tiempo, se alegó en procura de su pedimento subsidiario que, *"…el concepto de la Superintendencia Financiera en radicación 2018 1526669000 del 17 de enero del 2020 hizo referencia a que pues estás comisiones de administración no hacen parte o no deben ordenarse su devolución teniendo en cuenta que corresponden a la retribución de la gestión efectuada por la administradora hacen los anteriores términos*.

En torno a tal aspecto jurídico y consecuencial con la declaratoria de ineficacia, también esta Sala ya se pronunció en el mismo fallo aludido atrás[2]. En tal oportunidad se denotó lo siguiente:

> *"También al respecto esta Sala debe en principio tener presente cuáles son las subreglas jurisprudencias en torno a este aspecto jurídico. Y tal sentido, determinar si está frente a situaciones análogas y si es del caso, cuál sería la posición de la Sala en torno a las condenas que se impusieran en la primera instancia, frente a los reparos que se hicieron por vía del recurso de alzada. Al respecto, en la muy reciente sentencia sustitutiva proferida por la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL1414-2022 del 27 de abril del presente año, expuso como aspecto consecuencial a la procedencia de la ineficacia de la afiliación a las AFP de las RAIS, lo siguiente:*

[2] *Sentencia del 21 de junio de 2022, radicado: 68679-31-05-001-2019-00232-01.*

> *"Por lo expuesto, se adicionará el numeral primero de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a Porvenir S.A., a que traslade a Colpensiones, además de los aportes y sus respectivos rendimientos contenidos en la cuenta individual del demandante, los valores cobrados por los fondos privados a título de gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas para corregir la pérdida del poder adquisitivo por fenómenos inflacionarios, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, con cargo a sus propios recursos, como se adoctrinó en las sentencias CSJ SL5680-2021 y CSJ SL755-2022; y, consecuencialmente, para todos los efectos legales se debe tener en cuenta que la afiliada nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPM administrado por Colpensiones."*

En tal orden de ideas, deberá entonces aplicarse también las subreglas allí fijadas por la autoridad unificadora de la Jurisprudencia, las que ciertamente son reiteradas, razón por la cual los reparos que sobre el particular fueron expuestos por la apelante la AFP PROTECCION S.A., así como la también AFP PORVENIR S.A., en torno al ámbito o alcance de la condena, en lo concerniente con el numeral "Cuarto" de la sentencia recurridas, relativo al reintegro de las cuotas de administración no puede ser revocada. En tal sentido, mal podría colegirse un enriquecimiento indebido, cuando quiera que se busca que las condiciones patrimoniales anteriores al acto declarado ineficaz, en lo posible sean debida y justamente restablecidas, tal cual acontece cuando en el ámbito civil se declara la nulidad de un acto o contrato. Al quererse equilibrar las pretensiones con los pronunciamientos consecuenciales, no podría entenderse como una condena patrimonial con otros alcances, en los términos que se exponen por la recurrente.

> *Consecuente con lo expuesto, la condena impuesta en torno al reintegro de las cuotas de administración se ajusta a derecho y por lo mismo, tal pronunciamiento igualmente deberá ser objeto de íntegra confirmación. Así se dispondrá en la parte resolutiva de este proveído."*

Auscultados los argumentos de reparo al fallo recurrido, en procura de que salga avante la petición subsidiaria, así como las subreglas jurisprudenciales citadas, en armonía con el precedente de esta misma Corporación, se impone colegir su improcedencia. Ha de observarse que los razonamientos y fundamentos expuestos por la jurisprudencia explican el por qué no tienen la connotación de un enriquecimiento indebido o un empobrecimiento recíproco de la misma índole. También, el por qué, el ámbito regulatorio de tal clase de cuotas de administración no puede impedir que se surta uno de los efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional. Y por el contrario que son recursos que deberán en adelante hacer parte de nuevo régimen y con los que se puedan apalancar las obligaciones del Fondo Público.

En consideración a lo expuesto deviene necesario que los reparos expuestos por la AFP Porvenir S.A., así como los efectuados también por AFP Colpensiones contra la sentencia de primera instancia que se emitiera en el presente proceso no están llamados a prosperar y por ende, lo resuelto en la primera instancia merecerá confirmación íntegra. Igualmente deberán las personas jurídicas aludidas y recurrentes asumir las costas de esta segunda instancia en su integridad.

DECISIÓN

De conformidad con lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SAN GIL, EN SALA CIVIL FAMILIA LABORAL**, *"administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley",*

RESUELVE

Primero: Por lo expuesto en la parte motiva de este proveído, **CONFIRMAR** la Sentencia del veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Gil dentro del proceso de la referencia.

Segundo: COSTAS de la Segunda Instancia a cargo de las AFP recurrentes Porvenir S.A y Colpensiones S.A y a favor de la parte demandante.

Tercero: En oportunidad devuélvase el proceso al Despacho de la Primera Instancia por lo jurídicamente atendible.

Cuarto: Decisión por Magistrados Sustanciador**.** Se señala agencias en derecho de esta instancia la suma de cuatro millones de pesos ($4.000.000).

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

El Magistrado,

JAVIER GONZÁLEZ SERRANO

Los Conjueces,

GERMAN AUGUSTO ZAMBRANO ARIZA

NELCY CARDOZO RUEDA