TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MÓNICA FONSECA RAMÍREZ CONTRA AFP PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES. Radicación No. 25290-31-05-001-**2020-00168**-02.

Bogotá D. C. cuatro (4) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

Se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020. Se decide el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada AFP Porvenir y contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2023 por el Juzgado Laboral del Circuito de Fusagasugá, Cundinamarca.

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

SENTENCIA

1. La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra las entidades de la seguridad social antes mencionadas con el objeto que se declare la nulidad del traslado de régimen que hizo en su momento a la AFP Porvenir; y como consecuencia, se ordene el regreso al régimen de prima media; se ordene a Porvenir a devolver a Colpensiones los recursos de la cuenta de ahorro individual, como lo son *"como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código de Comercio, esto es, con los rendimientos que hubieren causados durante su administración"*, lo que resulte de la aplicación de las facultades ultra y extra petita y las costas del proceso.

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que nació el 27 de julio de 1963, por ende, a la fecha de presentación de la demanda contaba con 57 años de edad; que el 17 de noviembre de 1994 se afilió al régimen de prima media del ISS hoy Colpensiones; narra que "*a comienzos del año (…) estando afiliada al ISS, fue visitada por diferentes agentes de fondos privados entre ellos PORVENIR; argumentando que debía vincularse a la administradora de fondo pensionales, teniendo en cuenta que el ISS desapreciaría*", por lo que en junio de 1995 se trasladó de régimen, sin embargo, no se cumplió en ese momento el "*deber de asesoría y*

buen consejo" por parte de la AFP, no se ilustró "*sobre los efectos del cambio de Régimen Pensional y la automática pérdida de los beneficios del régimen de prima media*"; ni se le puso de presente que su mejor opción de pensión se encontraba en el régimen de prima media del ISS; que en el año 2004 la AFP no le avisó que podía regresarse al régimen de prima media en atención a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, por lo que continuó vinculada al RAIS, sin que recibiera "*buen consejo o la debida proyección de pensión comparada en ambos regímenes. Ni siquiera cuando se encontraba próxima a faltarle diez (10) años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*"; agrega que desde el 29 de abril de 1993 hasta la fecha ha laborado en el municipio de Fusagasugá, devengando un salario básico a febrero de 2020 de $1.996.228; que el 7 de junio de 2018 solicitó a Porvenir una proyección de su pensión y en la misma se advierte que podría pensionarse entre los 57 y 60 años de edad, con una mesada pensional de $781.242; razón por la cual el 15 de agosto de 2018 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, siendo rechazado por la entidad en comunicación de la misma fecha (PDF 01).

3. No hay constancia de la presentación de la demanda ni su ingreso al despacho, en todo caso, con auto del 11 de diciembre de 2020, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Fusagasugá admitió la demanda (PDF 03); luego, con auto del 20 de abril de 2021 ordenó vincular a la Agencia Jurídica de Defensa del Estado (PDF 09).

4. Las diligencias de notificación se realizaron así: el 5 de marzo de 2021 a Colpensiones y a la AFP Porvenir S.A. (PDF 06) y el 20 de mayo de 2021 a la Agencia Jurídica de Defensa del Estado (PDF 13).

5. **Colpensiones** dio contestación el 19 de marzo de 2021, con oposición a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su fecha de nacimiento, así como su afiliación al ISS el 17 de noviembre de 1994 y el trámite dado a la solicitud que elevó la actora en el 2018; frente a los demás hechos manifestó no constarle los mismos por corresponder a hechos ajenos a la entidad, por cuanto no estuvo ni ha estado presente en la vinculación al RAIS que hizo la demandante; finalmente, propuso en su defensa las excepciones de mérito denominadas errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (PDF 11).

Por su parte, la **AFP Porvenir** guardó silencio.

6. Con auto del 4 de agosto de 2021 el juzgado tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones, y frente a la AFP Porvenir, la tuvo por notificada "*en los términos del Artículo 8 del Decreto 806 de 2020, quien en la oportunidad para contestar guardó silencio*"; de otro lado, señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 20 de enero de 2022 (PDF 16), diligencia que se realizó ese día, y en la misma se fijó el 14 de julio de 2022 para audiencia de trámite y juzgamiento (PDF 22).

7. En la audiencia del 14 de julio de 2022, la AFP Porvenir solicitó integrar el contradictorio con la AFP Protección S.A., lo que fue negado por el juzgado (PDF 33), y aunque dicha decisión fue objeto de recurso de apelación, esta Corporación con proveído del 14 de septiembre de 2022, confirmó lo dispuesto por el juez.

8. Con auto del 27 de septiembre de 2022 el juzgado obedeció y cumplió lo aquí resuelto y señaló el 18 de mayo de 2023 para la continuación de la audiencia (PDF 37), siendo reprogramada para el 22 de agosto siguiente (PDF 42); no obstante, en atención a la creación del Juzgado Laboral del Circuito de Fusagasugá, el expediente se envió a este último despacho judicial conforme lo dispuesto en auto del 9 de junio de 2023 (PDF 46), avocándose conocimiento del proceso con proveído del 13 de julio de 2023; auto en el que además, se fijó el 27 de ese mes y año para la realización de la audiencia (PDF 47).

9. El Juez Laboral del Circuito de Fusagasugá, en sentencia proferida el 27 de julio de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante del RPM al RAIS, "*por omitirse el deber de información que regía para la época en materia de seguridad social"*, declaró que la demandante se encuentra afiliada al régimen solidario de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad, y condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del actor, *"incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, con su correspondiente indexación y con cargo a sus propios recursos, y eventualmente de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando lleguen a su fecha de redención*"; de otro lado, condenó a Colpensiones a que, una vez la AFP devuelva los recursos a su cargo, "*los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización*"; finalmente, condenó en costa a las AFP demandada, tasándose las agencias en derecho en 2 SMLMV (PDF 52).

10. Inconforme con la decisión, la AFP Porvenir interpuso recurso de apelación parcial, contra el numeral 3º de la sentencia, en el que manifestó: *"Téngase en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 autoriza a los fondos de pensiones privados a efectuar los descuentos respecto de gastos de administración y primas de seguros previsionales en consideración a, respecto de las primas de seguros previsionales, las mismas son pagadas a terceros respecto de las contingencias derivadas de la invalidez, vejez y muerte, durante la vigencia de la afiliación de los afiliados o potenciales afiliados; respecto a los gastos de administración es un rubro que está autorizada por la ley 100 para que los fondos de pensiones privados efectúen estos descuentos en consideración a la administración que realizan las AFP y que se ven reflejadas en los rendimientos financieros que se generan en favor de los afiliados; el artículo 103 de la misma normatividad de seguridad social en su literal B menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional, y esto es, "el saldo total de la cuenta individual, incluidos los rendimientos", lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en dicha norma, por cuanto las mismas no están destinadas a financiar la prestación del afiliado, no hace parte integrante del valor de la posible mesada pensional que le sea reconocida, por lo que condenar a pagar a Porvenir valores adicionales configura un enriquecimiento sin causa en favor de la afiliada de Colpensiones y del Estado y en detrimento de mi representada, pero además de determinar que se deben reintegrar las primas de seguros previsionales, es tanto como ordenarle una compañía de seguros de que si no se presenta el siniestro amparado se devuelva el valor de la póliza contratada. Con relación a estos gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto radicado en número 20191522169-003-000 del 17 de enero del año 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional, en consideración a que la compañía aseguradora siendo un tercero de buena fe cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. En consideración a la condena de manera indexada, me permite resaltar que la misma es improcedente de acuerdo con lo mencionado en sentencia T 00161 del 13 de mayo de 2010 y también la sentencia SL9316 el 29 de junio de 2016, en las cuales se precisó que la indexación es "La simple actualización de la moneda para contrarrestar la evaluación de la misma por el transcurso del tiempo dada la generalizada condición inflacionaria de la economía"; en este orden de ideas y teniendo en cuenta que durante el tiempo que la demandante ha estado afiliada a Porvenir, su cuenta de ahorro individual no se vio afectada por el fenómeno de la inflación y por el contrario, se generó rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima establecida para las cuentas de ahorro individual de los afiliados, resulta incompatible ordenar esta indexación. En virtud de ello, me permito traer en consideración del honorable tribunal dos sentencias proferidas por el Tribunal Superior de Cali en su sala laboral en los procesos, por ejemplo, adelantados por el señor John Jairo Gaviria y Edison Ricardo Regalado González, con radicados números 76001310501020220056201 y 76001310501220220023401, respectivamente; que en sentencias del año en curso se revocó lo relativo a la indexación de la siguiente manera "Respecto de la indexación la sala considera que no hay lugar a la imposición, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos a retornar, por tal razón se revoca dicha condena a Colfondos S.A. y Porvenir S.A; y en su lugar se les condena a dichos entes a que devuelvan todas las sumas junto*

con su rendimiento". En consideración a estas sentencias invito al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca a tener en consideración las misma como quiera que como se indicó, los rendimientos financieros compensan la depreciación de la moneda e inclusive en el caso de no acogerse a estos argumentos, solicito al honorable Tribunal se autorice a Porvenir a que de los rendimientos financieros generados en favor de la demandante se realicen los descuentos de las condenas impuestas en sentencia de primera instancia".

11. Recibido el expediente digital, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 29 de agosto de 2023; luego, con auto del 5 de septiembre del mismo año, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, únicamente el demandante los presentó, aunque de manera extemporánea, y, por tanto, no pueden tenerse en cuenta.

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 y primas de seguros previsionales, y si hay lugar a la indexación ordenada por el juzgado, como lo solicita Porvenir AFP.

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, el 17 de noviembre de 1994 (pág. 12 PDF 12). Que suscribió el formulario de afiliación a la AFP Porvenir el 27 de junio de 1995 (pág. 13 PDF 12). De otro lado, no se discute que la demandante nació el 27 de julio de 1963 (pág. 10 PDF 12) por lo que a la fecha tiene 60 años, y que al 7 de junio de 2018 tenía 1.204 semanas cotizadas (pág. 8-11 PDF 02); pues

tales situaciones fácticas no fueron controvertidas por las partes y, además, aparecen acreditadas documentalmente.

El juez al proferir su decisión consideró que había lugar a declarar la ineficacia de afiliación pretendida por la demandante, básicamente, porque la AFP no demostró haber dado una información clara, comprensiva y suficiente, incluso no dio contestación a la demanda ni allegó prueba alguna que así lo demostrara.

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 1995, cuando ocurrió el traslado de régimen de la 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 la AFP demandada. 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 la demandante, antes de la firma del formulario de traslado a la AFP Porvenir, el 27 de junio de 1995, 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 la actora a favor de la AFP dicho día (pág. 6 PDF 02), y aunque en el mismo se consigna una constancia de que esa selección la efectuó *"DE 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 no le dieron información clara, precisa en ese momento por parte de dicha AFP, incluso manifestó que los asesores que los reunió en el año 1995 les dijeron que el ISS desaparecería y por eso debían pasarse a un fondo.

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

Ahora, conviene precisar que si bien la demandante para la fecha en la que solicitó el retorno a Colpensiones, en el año 2018, contaba con 55 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 beneficiaria 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 35 años de edad ni los 15 años de servicios allí requeridos, ya que para ese momento solo tenía 30 años (toda vez que nació el 27 de julio de 1963), y nada más contaba con 27.57 semanas de cotización 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 de la 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 la AFP demandada hubiese cumplido con su deber de dar a conocer al demandante **toda la verdad objetiva** de las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias de los diferentes regímenes y **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 la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, lo que ocurrió el 27 de junio de 1995, cuando tan solo tenía 31 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, para resolver el recurso presentado por la AFP, 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, tal como lo ordenó el a quo.

Así las cosas, como la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de la AFP Porvenir 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 la demandante en el régimen de prima media, por tanto, es claro para la Sala y como lo ha indicado nuestro órgano de cierre, las AFP deben devolver a Colpensiones, además de lo consignado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, los bonos pensionales si hay lugar a ello, y lo recaudado por concepto de comisiones y gastos de administración así como los valores utilizados en seguros previsionales (Sentencia SL3199-2021 Rad. 84288 del 14 de julio de 2021), por tanto, no hay lugar a absolver a la AFP demandada de estos conceptos, como lo pretende en su apelación, conceptos que deben devolverse 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, si bien es cierto que los rendimientos financieros y la indexación son excluyentes, 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 resultan incompatibles, por lo que se confirmará la sentencia en este aspecto.

Así queda resuelto el recurso de apelación como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones.

Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV, de conformidad con el numeral 6º del artículo 365 de CGP.

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,

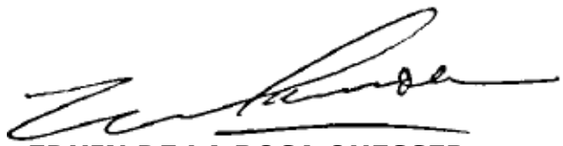
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la proferida el 27 de julio de 2023 por el Juzgado Laboral del Circuito de Fusagasugá, Cundinamarca, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de MÓNICA FONSECA RAMÍREZ contra AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 1 SMLMV, de conformidad con el numeral 6º del artículo 365 de CGP.

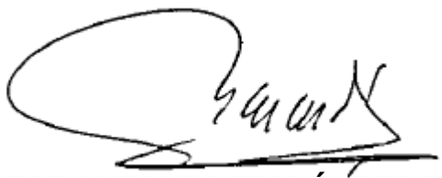
TERCERO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

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