

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SANTIAGO HERRERA MÉNDEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Radicación No. 25899-31-05-001-**2022-00141**-01.

Bogotá D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de las demandadas contra la sentencia proferida el 5 de octubre de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca.

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

SENTENCIA

- 1.** El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra las entidades de la seguridad social antes mencionadas con el objeto que se declare la nulidad del traslado de régimen que hizo en su momento a la AFP Protección, y en ese orden, se declare la nulidad de la vinculación que hizo posteriormente 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, con todos los rendimientos que se hubiesen causado y los gastos de administración”*; y se ordene a Colpensiones a recibirlo como afiliado y *“a recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el al (sic) régimen de ahorro individual con solidaridad, y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas por la (sic) demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad”*, se condene al pago de la indexación, 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 el demandante que nació el día 11 de diciembre de 1962; que efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida del ISS hoy Colpensiones, desde el 11 de junio

de 1984 hasta el 31 de julio de 1996, para un total de 556 semanas; agrega que en el mes de julio de 1996 suscribió formulario de afiliación a la AFP Protección, pues los asesores de esta administradora *"motivaron el traslado (...) bajo un acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podía obtener con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al momento de pensionarse"*, y que en el mes de abril de 2001 se trasladó a la AFP Porvenir; agrega que el traslado que hizo al régimen de ahorro individual estuvo revestido de *"engaño, falta de información seria, real y oportuna al momento de dichas vinculaciones"*, ya que *"Los asesores de dichas entidades indicaron (...) que, trasladándose al fondo privado de pensiones, tendría una cuenta de pensión mucho mejor que la que le llegaría a reconocer el SEGURO SOCIAL, además que este se iba a quebrar y por el contrario las entidades PROTECCION y PORVENIR eran unas empresas serias y no tendría ningún problema al momento de reclamar su pensión"*, sin que le explicaran *"las condiciones y requisitos exigidos en el régimen de ahorro individual para que (...) pudiera acceder a una prestación para la protección de su vejez"*, como tampoco se le informó *"de manera clara y precisa que el monto su pensión dependería del ahorro de su cuenta individual y no de la cantidad de semanas y del promedio salarial"*, ni las ventajas y desventajas en su caso particular, *"todo lo contrario, lo hizo en grupo a personas que tenían diferentes salarios y diferentes cargos"*, por lo que de esa manera lo indujeron en error para que se trasladara de régimen; agrega que en la actualidad tiene 59 años de edad y un total de 1.018 semanas de cotización, por lo que tiene una expectativa legítima frente a los requisitos para gozar del derecho a la pensión por vejez; no obstante, la AFP Porvenir le realizó una simulación pensional el 25 de mayo de 2021, en la que se refleja que el monto de la mesada pensional sería la suma de \$956.781, mientras que en el régimen de prima media conforme a los salarios reportados en los últimos 10 años, alcanzaría una mesada aproximada de \$2.958.000, *"lo que evidencia el grado de perjuicio económico que se le ocasionaría, disminuyéndose su asignación pensional alrededor de un sesenta y cinco (65) % Menos"*; de otro lado, señala que presentó un derecho de petición a Colpensiones el 25 de marzo de 2022, para que se declarara la nulidad del traslado, lo que fue negado por la entidad en comunicación de ese mismo día; y que igualmente, los días 22 y 23 de marzo de ese año presentó derechos de petición a las AFP Protección y Porvenir, siendo respondido negativamente mediante cartas de fechas 11 y 8 de abril de 2022, respectivamente (PDF 01).

3. La demanda se presentó el 19 de mayo de 2022 (PDF 02), siendo admitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá mediante auto del 9 de junio de 2022, ordenándose la notificación de las demandadas y la vinculación a la Agencia Jurídica de Defensa del Estado (PDF 04). Las diligencias de notificación se realizaron el 1º de julio de 2022 (PDF 05).
4. La **AFP Protección** dio contestación el mismo 1º de julio de 2022, con oposición a las pretensiones de la demanda; frente a los hechos únicamente

aceptó los relacionados con el traslado de régimen que hizo el actor en 1996, y el traslado horizontal que realizó en el 2001 a Porvenir, aunque agregó que el demandante también se trasladó en el año 2000 a Colmena AIG, Santander y Horizonte; agrega que el demandante *“realizó su traslado de manera libre, voluntaria e informada (...), al tiempo que no existió ningún acoso sistemático, ni promesas de beneficios superiores respecto del régimen de prima media”*, y por el contrario se le informaron al actor todas las condiciones para acceder a la pensión de vejez tanto en el RPM como en el RAIS, así como también *“las ventajas y desventajas comparativas entre ambos regímenes pensionales con antelación a su traslado de régimen, de manera que se le brindo (sic) la asesoría personalizada”*; propuso en su defensa las excepciones denominadas validez de la afiliación a protección y colmena, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (PDF 06).

Colpensiones dio contestación el 6 de julio de 2022, igualmente con oposición a las pretensiones; frente a los hechos de la demanda aceptó los relacionados con la edad del demandante y su fecha de nacimiento, así como su afiliación al ISS desde el 11 de junio de 1984, el traslado de régimen que realizó al régimen de ahorro individual en julio de 1996 y el trámite dado a la solicitud que elevó el actor el 25 de marzo de 2022; 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 el demandante; finalmente, propuso en su defensa las excepciones de mérito denominadas descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (PDF 07).

Por su parte, la **AFP Porvenir** contestó el 12 de julio de 2022; se opuso a las pretensiones de la demanda; aceptó la edad del actor y su fecha de nacimiento, así como el trámite que dio a la petición del demandante; señala que el traslado que hizo el actor a esa AFP se dio el 7 de mayo de 2001, efectivo a partir del 1º de julio siguiente; agrega que *“informó de manera clara, veraz, objetiva y oportuna sobre las condiciones, características, requisitos y funcionalidad del RAIS y del RPM, conforme a la normatividad vigente para la fecha, esto sin ninguna clase de acoso o información errada o engañosa”*, e igualmente brindó al demandante una asesoría profesional y completa, y *“comunicó que entre los beneficios más importantes del Régimen de Ahorro Individual se destacan: en caso de que el afiliado muera y no cumpla con el capital para pensionarse, sus herederos podrán disponer de ese capital; en caso de no completar el capital necesario para la pensión y si cuenta con 1150 semanas de cotización, podrán acceder a la garantía de la pensión mínima; si el monto de su pensión llega a ser superior al 70% de su Ingreso Base de Liquidación,*

podrá disponer de sus excedentes de libre disposición”, “que su ahorro pensional estaría compuesto por el capital acumulado en su Cuenta de Ahorro Individual, compuesto por los aportes obligatorios, los aportes voluntarios, sus correspondientes rendimientos y el bono pensional, le permita obtener una mesada pensional superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente y a su vez, indicando características propias del régimen que le han asistido desde el momento de su afiliación, tales como la existencia de excedentes de libre disponibilidad, la devolución de saldos en caso de no cumplir presupuestos para el derecho pensional, heredar el capital de la cuenta de ahorro individual en caso de fallecer sin beneficiarios, la pensión de garantía mínima, entre otros”, por lo que tal traslado fue libre y consciente. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (PDF 08).

5. Con auto del 11 de agosto de 2022 el juzgado tuvo por contestada la demanda por parte de Colpensiones y de la AFP Porvenir, e inadmitió la contestación allegada por la AFP Protección (PDF 10); subsanada en tiempo (PDF 11), con proveído del 15 de septiembre de 2022 tuvo por contestada la demanda por esta última AFP y señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 17 de mayo de 2023 (PDF 13), diligencia que se realizó ese día, y en la misma se fijó el 5 de octubre de 2023 para audiencia de trámite y juzgamiento (PDF 19).
6. La Juez Primera Laboral del Circuito de Zipaquirá, en sentencia proferida el 5 de octubre de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante del RPM al RAIS el 28 de junio de 1996; en ese sentido, ordenó a Colpensiones a asumir al actor como su afiliado *“una vez se haya efectuado el correspondiente traslado de los recursos por parte de la AFP PORVENIR”*; de otro lado, ordenó a la AFP Porvenir a *“restituir y trasladar todos (sic) y cada uno del capital de la cuenta personal del aquí demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración debidamente indexados en favor de Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES”*; igualmente condenó a esta AFP al pago de costas, tasándose las agencias en derecho en 1 SMLMV a favor del demandante; absolvió a la AFP Protección de todas las súplicas de la demanda y se abstuvo de condenar en costas a Colpensiones (PDF 31).
7. Contra la anterior decisión las apoderadas de Colpensiones y de la AFP Porvenir interpusieron recurso de apelación, así:

Al respecto, la abogada de **Colpensiones** manifestó: *“el recurso que se está interponiendo tiene por finalidad que el honorable tribunal revoque la decisión de los numerales que condenan a la administradora colombiana de pensiones en la parte resolutive y en su lugar se absuelva de todas y cada una de las pretensiones, consideramos que no se realiza una correcta valoración de las pruebas de la norma que regula el tema y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ya que el demandante no acredita los requisitos para solicitar el traslado de régimen;*

respetamos la providencia objeto de apelación pero no la compartimos toda vez que contrario a lo que se resolvió con las pruebas allegadas y practicadas resulta insuficiente para ordenar el traslado del régimen con base a lo siguiente: que el artículo 13 de la Ley 100 de 93 modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 en el cual se establece en su literal e) lo siguiente “los afiliados del sistema general de pensión podrán escoger el régimen de pensiones que prefiera, una vez efectuado la selección inicial esta solo podrá trasladarse de régimen por una sola vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, después de 1 año de la vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltara 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; según las consideraciones expuestas en el presente proceso se observa que no existe ilegalidad en dicho trámite, de hecho se evidencia que el traslado obedeció a una manifestación libre de la voluntad del actor, libre de vicio de consentimiento, el demandante no cumplió en el presente proceso con la carga mínima probatoria con la que se demuestra la viabilidad de la nulidad que solicita; aunado a lo anterior dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrada en el artículo 1740 el Código Civil, error, fuerza o dolo; ahora bien, no nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado por no tratarse de un error dirimido (sic) o error de nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o restricción (sic) judicial; no obstante la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durante 4 años los cuales se contaron en el caso en el error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato, si el traslado del régimen se hizo en julio de 1996 según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de julio de 2000; debe igualmente el despacho tener en cuenta que existió ratificación expresa y tácita que sanea el presunto vicio del contrato, en el presente asunto la parte demandante se saneó la nulidad por la ratificación tácita que autorizó el artículo 1754 literal a) al ejercer de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autoriza el traslado de régimen en su momento, ello se tienen en cuanto a que el demandante durante todo el tiempo diligenciando el formulario de cambio de régimen hasta la fecha de presentación de la demanda han concedido en que se haga los descuentos respectivos con destino al ahorro individual; el demandante se encuentra dentro de las prohibiciones legales en el entendido que no es viable declarar la nulidad que solicita, por otra parte no se especificó los porcentajes que se deben trasladar los cuales detallo a continuación para que se garantice, se remita la totalidad de los aportes pertenecientes a recursos ordenados al pensionado que se encuentra en la cuenta de ahorro individual del demandante, los valores a entregar serían los siguientes: el 11.5 para cuenta de ahorro pensional, el 1.55 para gastos de administración prima de seguro Foasy (sic), el 1.45% para la prima de seguro de invalidez y sobrevivientes y el 1.50 carece de destinación específico, según las configuraciones expuestas anteriormente no le asiste el derecho a la parte demandante a que se ordene la nulidad del traslado; en caso de confirmar el Tribunal la decisión adoptada por su despacho, solicitamos respetuosamente se indexe las sumas a devolver a Colpensiones con base a lo siguiente: para evitar la discapacidad (sic) del sistema pensional a cargo Colpensiones al verse obligado a asumir el pago de una prestación de carácter vitalicia de una persona que estuvo afiliada al RAIS por más de 20 años, es necesario que se ordene a la AFP no solo el traslado de la totalidad de los aportes y sus rendimientos sino que adicionalmente debe ordenarse que tales sumas sean trasladadas con la

respectiva indexación para asegurar que los montos no pierdan el poder adquisitivo por el paso del tiempo, y en aplicación del principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, con fundamento en los anteriores se tiene en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia bajo el radicado SL2877 del 2000, radicado 91056 y la sentencia SL164 de 2003 (sic), con ponencia del magistrado ponente Martín Emilio Beltrán Quintero de fecha 07 de febrero de 2023, dentro de la cual se dispuso “se adiciona el ordinal segundo de la sentencia en el sentido de que la condena a Colfondos SA incluya además el traslado a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con su rendimiento, de igual modo la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y prima de seguro provisional de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensiones mínimas debidamente indexada; anulado a lo anterior en sentencia de fecha 29 de marzo de 2023 el tribunal de Santa Rosa de Viterbo dentro del proceso ordinario laboral radicado 2021-241 siendo demandante Ciro Martínez Rincón Torres y demandada Porvenir y Administradora Colombiana de Pensiones, motivo de la apelación en sentencia y consulta, magistrado ponente Eurípides Montoya Sepulcro, se dispuso lo siguiente: ahora bien, en lo que le asiste razón a la entidad recurrente es que la devolución debe reintegrarse debidamente indexada, pues esta ha sido la postura asumida por la Corte Suprema de Justicia en diversas oportunidades en los que ha referido que la indexación impide cualquier efecto negativo en el sostenimiento financiero del sistema, así se indicó en sentencia SL4237 de 2002 (sic) radicado 89294 del 05 de diciembre de 2022; según las consideraciones expuestas anteriormente, no le asiste el derecho a la parte demandante a la solicitado; por lo tanto solicito muy respetuosamente se conceda el recurso de apelación para que sea el tribunal quien resuelva y revoque la sentencia proferida por este despacho, en este sentido dejo sustentado mi apelación”.

Por su parte, la apoderada de la **AFP Porvenir** solicitó revocar las condenas impuestas en su contra, “en primer lugar, debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable Corte Suprema de Justicia, también la misma corporación ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información ya que en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto pues el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones e informado, todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado; debe aclararse que no se exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda; ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, de las condiciones características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, se encontraban establecidas en la Ley 100 del 93 por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada o en caso de que considerara pues que la información que le estaban dando no era suficiente también en cualquier momento se pudo acercar a las oficinas de Porvenir a solicitar una reasesoría donde se le brindara pues aclaración a todas aquellas dudas que se hubiesen generado, sin embargo es claro que aquello no sucedió porque mi representada cumplió con el deber de información que le asistía para la época del traslado horizontal; de igual manera como todo consumidor financiero el demandante debía actuar con mediana diligencia lo cual suponía por lo menos obtener una información

suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esta decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento; asimismo, debe decirse que el actuar de mi representada aquí llamada juicio siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen pensional; de hecho en este panorama Porvenir ha actuado como un agente oficioso involuntario en cuanto creyendo administrar su propia actividad administró los negocios de otro y luego de declararse la ineficacia del acto termina entregando unos rendimientos sumamente superiores a los que habría tenido los aportes de haber sido gestionados por el encargado, y si ello es así, esa agencia oficiosa involuntaria debe dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que solamente debería estar obligado a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían generado de haber sido administrados por esta entidad, en el mismo orden de ideas, tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de los seguros previsionales, por cuanto estos ya no se encuentran en su poder sino el de las compañías aseguradoras que contrató para la cobertura del pago de los riesgos de invalidez y muerte, y aquí es importante recordar que el contrato de aseguramiento pues es un contrato de tracto sucesivo que ya surtió todos los efectos y pues que el demandante estuvo válidamente protegido por estos riesgos durante su afiliación a Porvenir; en línea con todo lo señalado anteriormente debe indicarse que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia al señalar dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, que en este caso sería el artículo 7º del Decreto 3995 del 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluyen las restituciones, se solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa la indexación de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada, en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante que se debe aclarar es más del 50%, pues ello es así porque como bien lo ha venido señalando tanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca como el Tribunal Superior de Cali, se ha determinado que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación que haya podido tener la moneda de su poder adquisitivo, y pues en ese orden de ideas estaría condenando dos veces a mi representada por el por el mismo concepto; y ya por último solicitud se revoque la condena en costas toda vez que Porvenir no hizo parte del traslado de régimen pensional pues dicho traslado se efectuó con la AFP Protección”.

8. Recibido el expediente digital, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 17 de octubre de 2023; luego, con auto del 24 del mismo mes y año se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual, únicamente las demandadas los presentaron.

Colpensiones reiteró los puntos expuestos en su recurso de apelación, respecto a la prohibición legal del traslado; aduce que no se acreditaron los vicios del consentimiento, que no era su responsabilidad la carga de la prueba,

que se cumplió con el deber de información requerido para la época, y la descapitalización del sistema; solicita se revoque la decisión o en su defecto, se condicione su cumplimiento, previa devolución de *“la totalidad de las sumas obrantes en la CAI del demandante por la AFP, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al FGPM y gastos de administración, y los demás a que hubiera lugar, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos”*.

La demandada **Porvenir AFP** reiteró lo señalado en su escrito de contestación; señala que debe revocarse la sentencia por no configurarse los presupuestos para la ineficacia del traslado de régimen; agrega que la afiliación del actor al RAIS se hizo de manera libre, voluntaria y consiente; que la AFP cumplió con su deber de información; que le garantizó al demandante retornar al régimen de prima media y dispuso los canales de comunicación suficientes para conocer las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993, referentes al funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, poniendo de presente las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual, por lo que el actor pudo comparar los regímenes y escoger el RAIS, lo que se materializó con la firma del formulario; menciona que resulta improcedente devolver las sumas que invirtió para mantener los recursos del actor y para incrementarlos, pues es claro que los gastos de administración y comisiones ya se agotaron; y que no hay lugar al pago de la indexación *“pues ello genera una doble condena por el mismo concepto, toda vez que, si se debe hacer devolución de los rendimientos que son dineros actuales, no se puede entonces generar una entrega de dineros también indexados, ya que eso genera una actualización de la moneda”*.

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 surtir 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; de otro lado, examinar si le asistía razón a la juez en condenar en costas a la AFP Provenir.

Sea preciso advertir que no es objeto de controversia que el aquí demandante se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, el 11 de junio de 1984 (pág. 11-16 PDF 01). Que suscribió el formulario de afiliación a la AFP Protección el 8 de julio de 1996 (pág. 10 PDF 06), luego efectuó traslados horizontales a la AFP Colmena el 18 de febrero de 2000 (pág. 11 PDF 06), a la AFP Porvenir el 7 de mayo de 2001 (pág. 27 PDF 08); a la AFP Horizonte el 29 de noviembre de 2001 (pág. 28 PDF 08); y luego se da un traslado automático a la AFP Porvenir (pág. 18 PDF 06). De otro lado, no se discute que el demandante nació el 11 de diciembre de 1962 (pág. 10 PDF 01) por lo que a la fecha tiene 61 años, y que al 12 de julio de 2022 tenía un total de 1680 semanas cotizadas (pág. 30-51 PDF 08); pues tales situaciones fácticas no fueron controvertidas por las partes y, además, aparecen acreditadas documentalmente.

La juez al proferir su decisión consideró que había lugar a declarar la ineficacia de afiliación pretendida por el demandante, básicamente, porque la AFP no demostró haber brindado al actor una información clara, comprensiva y suficiente, y si bien el actor aceptó que recibió una información, la misma le fue dada de manera grupal y no en su caso particular.

Analizado el material probatorio recaudado, debe decir la Sala que comparte la decisión de la 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 1996, cuando ocurrió el traslado de régimen del demandante, y desde ese ángulo establecer si la administradora dio efectivo cumplimiento a dicha obligación.

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

Ahora, dentro de las características del referido sistema de pensiones, el literal b) del artículo 13 ibídem consagra que la selección de los trabajadores, tanto dependientes como independientes, a cualquiera de los dos regímenes, *“es libre y voluntaria”*, y para tal efecto el afiliado *“manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”*, y agrega tal norma que *“el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la presente ley”*.

Frente a la expresión *“libre y voluntaria”*, contemplada en el citado artículo 13, la jurisprudencia laboral entiende que la misma necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se sabe a plenitud las consecuencias de esa decisión. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 12136 de 2014 señaló que no puede alegarse *“que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito”*. Además, el Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), aplicable a las administradoras de fondos de pensiones desde su

creación, dispuso en el numeral 1º del artículo 97 como obligación de tales entidades *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”*.

Por consiguiente, es evidente que las administradoras de fondos de pensiones desde el momento de su creación tenían la obligación de garantizar que la afiliación de los usuarios del sistema pensional fuera libre y voluntaria mediante *“la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses”*, ya que la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar *“precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público”*, por cuanto la ley les impuso a las AFP un deber de servicio público *“acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»”* (Sentencias CSJ SL1452 de 2019, reiterada en SL1689 de 2019).

Respecto a la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dice la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes mencionadas, que hace referencia a *“la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones”*, y en ese sentido, la persona pueda comparar las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, previo a tomar su decisión. Además, dice la jurisprudencia frente al principio de transparencia, que *“es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida”*, para que de esta forma la elección del afiliado al sistema pueda darse después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los regímenes ofertados; es decir, el referido principio impone la obligación a las entidades de dar a conocer **toda** la verdad objetiva de los diferentes regímenes *“evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

Aunado a lo anterior, la jurisprudencia laboral ha sido pacífica en sostener que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no 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 el demandante, antes de la firma del formulario de traslado a la AFP Protección, el 8 de julio de 1996, hubiese recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento, y lo único que se allegó al expediente al respecto, fue el formato preimpreso de *“SOLICITUD DE VINCULACIÓN”* que suscribió el actor a favor de la AFP dicho día (pág. 10 PDF 06), 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 recibió una información por parte de los asesores de Protección, la misma se dio de manera grupal a él y a sus compañeros de trabajo, sin que le explicaran las modalidades pensionales ni las características de cada régimen, pues únicamente les dijeron que iban a ganar más si se trasladaban al fondo privado en atención a los montos pensionales que ellos ofrecían, y que era una mejor opción porque el ISS iba a quebrar, y por esa razón, al ver que no había otra opción, decidió trasladarse; y que de igual forma ocurrió cuando se trasladó a la AFP Porvenir, pues los asesores de esta AFP no le dieron información alguna en aras de esclarecer su futuro pensional, ya que llegaron a la empresa y les dijeron que iban a obtener mayores ganancias, incluso de las ofrecidas por el ISS y por las otras AFP.

Además, en el traslado que efectuó el demandante el 7 de mayo de 2001 a la AFP Porvenir S.A. (pág. 27 PDF 08) tampoco se allegó prueba adicional al formulario de traslado preimpreso, que consigna en términos generales las mismas constancias de que esa vinculación la realizó el demandante en forma libre y voluntaria, y que recibió asesoría amplia y suficiente sobre el producto ofrecido, sin que con ello se acredite el cumplimiento del deber de información que recae sobre las AFP, como ya se dijo ampliamente.

De otro lado, aunque las AFP mencionan en su contestación que cumplieron con su obligación de informar debidamente al actor, acerca de las consecuencias del traslado, las modalidades de pensión, los rendimientos que obtendría en comparación con el fondo público, y demás características propias de cada régimen, junto con los comparativos entre ambos regímenes, lo cierto es que no allegaron prueba de ello.

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

Ahora, conviene precisar que como en este caso se decretó la ineficacia del traslado, mas no la nulidad del acto por vicios del consentimiento, como equívocamente lo entiende Colpensiones, no hay lugar a resolver lo atinente al término que tenía el demandante para interponer la acción de rescisión por vicios de nulidad, consagrada en el artículo 1750 del C.C., como Colpensiones lo solicitó. Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL4360 de 2019 reiterada en SL 4161 de 2020, señaló lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto

debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia”.

En cuanto al otro punto objeto de apelación, conviene precisar que si bien el demandante para la fecha en la que solicitó el retorno a Colpensiones, en el año 2022, contaba con 59 años de edad y por tanto se encontraba inmerso en la prohibición legal consagrada en el literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 en cuanto indica que “*el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez*”, y además no era beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que le hubiese permitido regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo conforme lo dispuso la sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional al declarar exequible el citado artículo 2º de la Ley 797 pues, según se advierte, a la entrada en vigencia de dicha norma (1º de abril de 1994), no tenía los 40 años de edad ni los 15 años de servicios allí requeridos, ya que para ese momento solo tenía 31 años (toda vez que nació 11 de diciembre de 1962), y nada más contaba con 496,71 semanas de cotización en el RPM, vale decir, casi 10 años de cotización; 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 el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, lo que ocurrió el 8 de julio de 1996, cuando tan solo tenía 33 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 Colpensiones, debe decirse que aunque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 consagraba una distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de manera similar pues ordenaba repartirlo tanto en el régimen de prima media como en el de ahorro individual en un 3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y el resto del aporte se destinaba para el pago de la pensión de vejez, dicha norma fue modificada por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, que si bien no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, sí lo hizo en el régimen de ahorro individual, por lo que a partir de ese momento frente a este último régimen un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión mínima, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% está destinado a financiar la pensión de vejez, lo que genera que el porcentaje destinado para la pensión de vejez en el régimen de prima media sea mayor que en el de ahorro individual, por lo que lógicamente se afectaría la sostenibilidad financiera de Colpensiones si se realizara el traslado de régimen sin trasladar los recursos existentes en el fondo de garantía de pensión mínima, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 510 de 2003, compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016, dichos recursos del fondo de garantía de pensión mínima los manejan las AFP en una subcuenta separada, por lo que en ese orden, debe darse aplicación al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que preceptúa que cuando se realice el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media no solamente debe trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de garantía de pensión mínima, por lo que en ese sentido deberá modificarse la sentencia de primera instancia.

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

“Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo

y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

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

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

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

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 el 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 los gastos de administración, y en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, se dispondrá también que tal devolución debe hacerla la AFP Porvenir junto con los bonos pensionales y los montos utilizados en seguros previsionales.

Además, debe aclararse que tanto los gastos de administración, como los recursos existentes en el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, deben devolverse debidamente indexados, tal como lo indicó la 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"*; Por tanto, como la juez a quo únicamente ordenó la actualización de los gastos de administración, se modificará igualmente la indexación de los recursos existentes en el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales.

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"*, 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.

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 y Colpensiones por perder los recursos, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 2 SMLMV de conformidad con el numeral 6º del artículo 365 de CGP, los que deberán pagar tales entidades a favor del demandante de manera proporcional.

Las costas de primera instancia impuestas a cargo de Porvenir se confirman, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1º del citado artículo 365 del CGP, por ser la parte vencida en juicio.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 5 de octubre de 2023 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de SANTIAGO HERRERA MÉNDEZ contra AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir deberá reintegrar a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, como los aportes, rendimientos financieros y gastos de administración, sino también, los bonos pensionales, aportes depositados en el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, e igualmente, que los rubros que deben ser indexados no son únicamente los gastos de administración sino además, los aportes depositados en el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

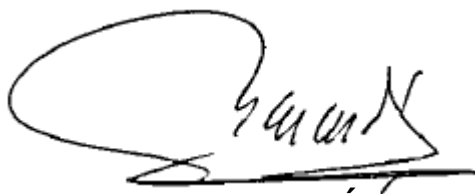
SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir y Colpensiones, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a 2 SMLMV, los que deberán pagar tales entidades a favor del demandante de manera proporcional.

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