

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA PROMOVIDO POR GUILLERMO MORALES ROMÁN CONTRA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. - COLFONDOS S.A., y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Radicación No. 25899-31-05-001-**2019-00305**-01.

Bogotá D. C. primero (1º) de octubre de dos mil veinte (2020).

Se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Colpensiones contra el fallo de fecha 14 de julio de 2020 proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca.

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

SENTENCIA

- 1.** El demandante instauró demanda ordinaria laboral contra las entidades demandadas con el objeto de que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado por la AFP Colfondos el día 15 de mayo del año 2000; como consecuencia, se ordene a Colfondos a restituir a Colpensiones las cotizaciones y bonos pensionales con sus respectivos rendimientos; y a su vez, se ordene a Colpensiones, a tenerlo como afiliado, a recibir tales valores, y a contabilizar las

semanas cotizadas por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; igualmente, solicita se condene al pago de las referidas sumas debidamente actualizadas; y al pago de costas y agencias en derecho.

2. Como sustento de sus pretensiones manifiesta el demandante que nació el 2 de julio de 1956; que efectuó cotizaciones al régimen de prima media con prestación definida desde el año 1972 hasta el año 2000, para un total de 825.29 semanas; que el 15 de mayo del año 2000 suscribió formulario de afiliación a la AFP Colfondos, pues sus asesores lo motivaron a realizar dicho 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 le indicaron que al trasladarse al fondo privado *“tendría una cuenta de pensión mucho mejor que la que le llegaría a reconocer el SEGURO SOCIAL, además que el mismo se iba a quebrar y por el contrario la entidad COLFONDOS era una empresa seria y no tendría ningún problema al momento de reclamar su pensión”*; agrega que dicha AFP no le explicó de manera total y expresa las condiciones y requisitos exigidos en el régimen de ahorro individual para acceder a la pensión de vejez, como tampoco le informó que el monto de su prestación dependería del ahorro de su cuenta individual y no de la cantidad de semanas y del promedio salarial, ni le brindó una asesoría personalizada para explicarle 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 lo indujo en error para obtener el traslado de régimen, viciando su consentimiento; narra que actualmente tiene 63 años de edad y un total de 1.829 semanas, por lo que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme lo establece la Ley 797 de 2003; sin embargo, según la simulación pensional expedida por Colfondos el 2 de julio de 2018, su mesada pensional ascendería a \$859.366, cuando en el régimen de prima media, en atención a los salarios de los últimos 10 años, la misma correspondería a \$2.350.000, advirtiéndose el gran perjuicio económico que esto representaría, pues se le disminuiría su mesada en un 60%. De otro lado, señala que el 31 de mayo de 2019, presentó derecho de petición

ante Colpensiones solicitando la nulidad de afiliación a Colfondos y volvieran las cosas a su estado inicial, e igualmente, el 10 de junio de 2019, presentó igual petición a la AFP Colfondos, sin que tales entidades se hayan pronunciado al respecto.

- 3.** El Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, mediante auto de fecha 29 de agosto de 2019 admitió la demanda, ordenó notificar a las entidades demandadas, y vincular a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fl. 61), diligencias que se cumplieron los días 19 de septiembre de 2019 (fl. 80 y 81), y 22 de enero de 2020, respectivamente.
- 4.** La demandada Colpensiones por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, los extremos temporales de su vinculación con el ISS, las semanas allí cotizadas, la fecha del traslado de régimen y la petición que elevó ante la entidad; frente a los demás, manifestó no constarles por corresponder a hechos ajenos a la entidad, como quiera que no estuvo ni ha estado presente en la vinculación que el actor hizo al RAIS. Agrega que dentro del expediente no obra prueba alguna que permita concluir que al demandante se le hizo incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), como tampoco se observa inconformidad del demandante al respecto, pues las documentales aportadas se encuentran sujetas a Derecho, se realizaron de manera libre y voluntaria, y además, no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para proceder el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2º de la ley 797 de 2003, ya que para el 31 de mayo de 2019, cuando el actor solicitó su traslado, contaba con 62 años, y por tanto, se encontraba dentro de una prohibición legal; menciona que el demandante no hizo uso del derecho al retracto, que le daba la posibilidad de dejar sin efecto su elección del régimen pensional, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la que manifestó por escrito su decisión de trasladarse;

aunado a que para el momento de la afiliación al RAÍS estaba frente a una mera expectativa, pues para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 38 años y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicio para regresar al RPM en cualquier tiempo, por lo que debió hacerlo cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir con la edad para adquirir su derecho a la pensión, pero la solicitud la elevó cuando tenía 57 años por lo que ya no puede regresar al régimen administrado por Colpensiones. Propuso en su defensa las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas y la genérica (fl. 69-78).

A su turno, la AFP Colfondos se allanó a las pretensiones declarativas 1ª y 2ª, *“teniendo en cuenta que mi representada no cuenta con soportes para demostrar que se le asesoró (SIC) la debida forma al demandante, y se cumplió con el deber de buen consejo y siendo así medio (SIC) la voluntad del demandante de pertenecer a un régimen u otro, por lo tanto, no existió vicio de consentimiento alguno al momento de la firma del formulario de vinculación a Colfondos S.A.”*; frente a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de la suscripción del formulario del traslado de régimen, el que dijo realizarlo el actor de manera libre, voluntaria e informada, y que si bien no obran soportes de la asesoría brindada al demandante, lo cierto es que *“los asesores de Colfondos se capacitaban en el sistema general de pensiones, con lo cual presentan a los potenciales afiliados ventajas y desventajas de ambos regímenes con lo cual estos tomen la decisión con el consentimiento informado”*; agregó que el demandante suscribió el formulario de vinculación a la AFP Colfondos luego de estar afiliado a ISS, en uso de su derecho de libre escogencia de régimen de manera libre, voluntaria e informada, por lo que no existió vicio del consentimiento, y que *“Una vez revisada la documentación interna en COLFONDOS se concluye que no se cuenta con soportes de la asesoría o de una proyección de cálculo actuarial efectuado al demandante, que pueda demostrar que se le asesoró brindándole la información matemática que le permitiera establecer un comparativo de mesada entre ambos regímenes, y así el demandante pudiera tomar la mejor decisión de pertenecer a un régimen u otro”*; en cuanto a los demás

hechos manifestó no constarles, por corresponder a situaciones de terceros. No propuso excepciones (fls. 106-110).

5. La Juez Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca en sentencia proferida el 14 de julio de 2020 declaró la ineficacia del traslado que se produjo el 15 de mayo del año 2000 a Colfondos Pensiones y Cesantías y ordenó a Colpensiones recibir como afiliado al demandante; condenó a Colfondos a restituir a favor de Colpensiones, todas y cada una de las sumas que corresponden y componen la cuenta individual del actor; de otro lado, se abstuvo de condenar en costas (fl. 133-135).

6. Frente a la anterior decisión, la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación en el que manifestó: *“El demandante haciendo uso del artículo 13 de la Ley 100 del 93 escogió por su propia voluntad el régimen al cual quería estar afiliado. Por otro lado, para el 31 de mayo del 2019 fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el retorno, contaba con 62 años de edad, esto es, cuando se encontraba dentro de una prohibición legal, el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 la cual modificó el art 13 de la Ley 100 de 1993 “después de un año de vigencia de la presente ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltare 10 o menos años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión”. También se observa que el demandante no hizo uso de los derechos del afiliado, esto es el retracto, el cual le da la posibilidad al afiliado de dejar sin efecto su elección ya sea del régimen de pensional o la administradora dentro de los 5 días hábiles vigentes a la fecha de la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección. De otro lado, es pertinente manifestar que al momento de la afiliación al RAIS el afiliado se encontraba frente a una mera expectativa pues tal como se desprende de los hechos y las pruebas documentales para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es al primero de abril de 1994, el afiliado contaba con 38 años y no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicio para poder regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo. En conclusión, para el caso en concreto el demandante no reúne beneficios del régimen de transición para poder regresar al régimen de prima media en cualquier momento, así como tampoco puede hacerlo por cuanto a la fecha que solicitó la nulidad y/o ineficacia de la afiliación ya había cumplido con la edad para acceder al derecho a la pensión. La declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen afecta gravemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, al respecto la Corte Constitucional en sentencia C 1024 de 2004 cuyo contenido reprodujo en lo pertinente la sentencia C-062 del año 2010, allí dijo “el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido con el fondo*

común y que por lo mismo no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarían en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, pudiesen trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y por ende a poner el riesgo de la garantía del derecho irrenunciable de la pensión del resto de cotizantes”. Desde esta perspectiva, dicho régimen se sostiene de las cotizaciones efectivamente realizadas en la vía laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad que cuando haya cumplido la edad de pensionarse, se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no solo del concepto constitucional de equidad sino también al principio de eficiencia pensional cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios que da el derecho a la seguridad social. Finalmente solicito de los honorables magistrados del Tribunal de aplicación a las sanciones previstas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 en contra de Colfondos, puesto que Colfondos al allanarse a las pensiones de la demanda, acepta en haber inducido en error al afiliado para obtener el traslado al régimen de ahorro individual, obligando con ello a Colpensiones a aceptar el traslado al régimen de prima media y que sea Colpensiones quien deba responder finalmente por la prestación del afiliado, con ello se rompe el principio de igualdad y de justicia frente a Colpensiones puesto que finalmente es el fondo que debe entrar a responder por el mal actuar de Colfondos y que se queda sin pruebas suficientes y necesarias para defender su posición, por las razones expuestas en precedencia solicito a los honorables magistrados se sirvan revocar la presente sentencia y en consecuencia se absuelva a Colpensiones de las pretensiones”.

- 7.** Recibido el expediente digital, se admitió el recurso de apelación con auto del 4 de agosto de 2020.
- 8.** Luego, en atención a lo establecido en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con auto del 18 de agosto del mismo año, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual ambas partes allegaron escritos correspondientes.
- 9.** La apoderada de la Colpensiones manifestó que el demandante escogió por su propia voluntad el régimen al cual quería estar afiliado; que para el 31 de mayo de 2019 cuando solicitó el traslado a Colpensiones contaba con 62 años de edad, por lo que existía la

prohibición legal del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, y tampoco cumplía los requisitos señalados en las sentencias SU-062- 2010 y SU-130 de 2013; agrega que el actor no hizo uso de su derecho al retracto; y que al momento de la afiliación al RAÍS solo tenía una mera expectativa ya que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 solo tenía 38 años de edad y no cumplía el requisito de las semanas o tiempo de servicios requerido para querer regresar al RPM en cualquier tiempo. De otro lado, solicita aplicar las sanciones contenidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como quiera que Colfondos al allanarse a las pretensiones de la demanda "*acepta haber inducido en error al afiliado para obtener el traslado al régimen de ahorro individual, obligando a Colpensiones a aceptar el traslado al régimen de prima media*", pues con ese actuar rompe el principio de equidad, igualdad y de justicia frente a Colpensiones.

- 10.** El demandante a su turno, señaló que Colfondos al haberse allanado a las pretensiones primera y segunda de la demanda y confesar que no cumplió con su obligación de brindarle información clara, completa y personalizada y que no existía soportes de asesorías brindadas, se puede concluir que él no contaba con elementos de juicio necesarios ni suficientes para tomar una decisión informada, por lo que fue inducido en error al momento de realizar el traslado de régimen, al no existir prueba que corrobore la información contenida en el formulario de afiliación suscrito por la AFP no queda otro camino que ratificar la decisión de primera instancia.

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 los propuestos. 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 sin restricciones de ninguna índole.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico por resolver es analizar si en el caso concreto se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como con concluyó la juez, o por el contrario, no hay lugar al mismo y por lo tanto deba absolverse a Colpensiones de las súplicas de la demanda.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que el aquí demandante estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida del ISS hoy Colpensiones, desde el año 1972 hasta el año 2000, cotizando para ese régimen 825.29 semanas; que suscribió el formulario de traslado al Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos el 15 de mayo del año 2000 (fl. 12/103), que el actor nació el 2 de julio de 1956 y que a la fecha tiene 64 años de edad (fl. 11), pues tales situaciones fácticas no fueron controvertidas por las partes y además aparecen acreditadas documentalmente.

La jueza, cuando analizó si la AFP demandada había cumplido con sus deberes legales frente al demandante al momento de la afiliación, tomó como premisa normativa lo consagrado en la Ley 1328 de 2009, y por consiguiente consideró que al no acreditarse que Colfondos realizara la correspondiente asesoría al afiliado debía concluir que hubo una violación de los derechos del consumidor financiero, que conlleva *“efectivamente la eficacia (SIC) del traslado que se dio de régimen de prima media a ahorro individual”*; agregó que si bien obra en el plenario un formulario de afiliación suscrito por el demandante, en el que se consigna una información acerca de que esa afiliación es libre, espontánea, voluntaria y sin presiones, ello no es suficiente *“para dar por demostrado el deber de información, a lo sumo acredita un consentimiento libre pero no informado”*. Además, señaló que cuando existe *“afiliación desinformada, la consecuencia es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado”*, sin que en nada afecte que el demandante se encontrara *“a puertas de adquirir derecho a la pensión (...) en la medida*

en que no importa si efectivamente el actor tiene o no el derecho consolidado o un beneficio transicional en la medida en que ya la Corte lo ha expresado en la CSJ SL 1452 del 2019”, y concluyó “que dentro del proceso que nos encontramos al no encontrarse probada una información veraz, al no encontrarse demostrado tal como lo dijo el fondo una debida asesoría respecto del demandante, forzoso de concluir que efectivamente, el traslado que se produjo el 15 de mayo del 2000 resulta ser ineficaz y así deberá ser declarado por lo tanto las pretensiones no reciben, es decir las excepciones planteadas por Colpensiones no están llamadas a prosperar”.

Al respecto, debe decir la Sala que, aunque comparte la decisión final de la juez pues efectivamente se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen aquí solicitado, lo cierto es que no puede resultar aplicable en el caso concreto la Ley 1328 de 2009 como la funcionaria lo consideró, pues como ya se dijo, el traslado objeto de este proceso se dio el 15 de mayo del año 2000, fecha para la cual esa norma no había sido expedida.

Sin embargo, tal circunstancia no cambia la decisión de la juez pues de todas formas 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 caso son las normas vigentes para el año 2000, 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 saben 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 y SL1688 de 2019, reiteradas 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, SL1688 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, observa la Sala que en el caso concreto no se cumplen tales presupuestos, 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 Colfondos, el 15 de mayo del año 2000, 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 fue el formato preimpreso de "SOLICITUD DE VINCULACIÓN O TRASLADO AL FONDO DE CESANTÍAS Y PENSIONES OBLIGATORIAS" que suscribió el actor a favor de la AFP Colfondos dicho día (fls. 12/111), y aunque en el mismo se consigna una constancia de que esa selección la efectuó "en forma libre, espontánea 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 la AFP demandada, como ampliamente se explicó; a lo que se suma que Colfondos en su contestación de demanda informó de manera expresa que "Una vez revisada la documentación interna en COLFONDOS se concluye que no se cuenta con soportes de la asesoría o de una proyección de cálculo actuarial efectuado al demandante, que pueda demostrar que se le asesoró brindándole la información matemática que le permitiera establecer un comparativo de mesada entre ambos regímenes, y así el demandante pudiera tomar la mejor decisión de pertenecer a un régimen u otro", por lo que analizado este aspecto hay lugar a confirmar la ineficacia del traslado ordenado por la juez.

Ahora, frente al otro punto objeto de apelación, hay que decir que si bien el actor para el 31 de mayo de 2019, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con 62 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 es 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 37 años (toda vez que nació el 2 de julio de 1956 (fl. 11) y contaba con 9 años, 9 meses y 9 días de servicios cotizados, según la historia laboral que reposa en el plenario (fls. 32-35), lo cierto es que la misma jurisprudencia laboral ha determinado que cuando se

configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP”, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren “al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo” (Sentencia CST SL1452 de 2019), por lo que en nada interfiere la edad del aquí demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, como tampoco tiene relevancia el hecho de que el actor no haya hecho uso del derecho al retracto dentro de los 5 días hábiles siguientes a la firma del formulario de traslado de fecha 15 de mayo del año 2000, pues, se reitera, aquí no se demostró que la AFP Colfondos hubiese cumplido con su deber de dar a conocer al demandante **toda la verdad objetiva** de las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias de los diferentes regímenes, y por ende, dicho traslado deviene ineficaz, y en ese sentido, las cosas vuelven a su estado anterior, como si el acto nunca hubiera existido.

De otro lado, la abogada de Colpensiones señala que la ineficacia del traslado de régimen declarada por la juez de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, y aunque no explicó a qué se refería, en grado jurisdiccional de consulta se estudiará el tema, para lo cual debe señalarse que la juez en su sentencia, únicamente ordenó a la AFP Colfondos restituir a favor de Colpensiones las sumas que componen la cuenta individual del demandante sin que hiciera mención a los valores que cobró la AFP a título de cuotas de administración y comisiones, ni a los recursos existentes en el fondo de garantía de pensión mínima.

Al respecto 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 al producirse el traslado de régimen en las condiciones determinadas por la a quo, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 8º del Decreto 510 de 2003, compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016, dichos recursos del fondo de garantía de pensión mínima los manejan las AFP en una subcuenta separada, por lo que en ese orden, debe darse aplicación al artículo 7º del Decreto 3995 de 2008, compilado en el artículo 2.2.2.4.7 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, que preceptúa que cuando se realice el traslado de recursos del régimen de ahorro individual al régimen de prima media no solamente debe trasladarse los recursos existentes en la cuenta individual del afiliado, sino también se debe incluir lo que la persona ha aportado al fondo de garantía de pensión mínima.

Así las cosas, como la devolución de los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de la AFP Colfondos a Colpensiones debe ser plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por Colpensiones para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida, esta Sala modificará la sentencia

de primera instancia en el sentido de indicar que la AFP Colfondos igualmente reintegrará a Colpensiones los valores que cobró a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para la garantía de pensión mínima, ya que es esta última entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

“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”.

Finalmente, en cuanto a la aplicación de las sanciones dispuestas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 a cargo de la AFP Colfondos, debe decirse que si bien dicha normativa consagra unas sanciones para quienes impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, lo cierto es que esta Sala no es la competente para imponer tales multas, pues ello corresponde al Ministerio de la Protección Social, por tanto, se denegará dicha solicitud.

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

Sin costas en esta instancia dada la prosperidad parcial del recurso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de fecha 14 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de GUILLERMO MORALES ROMÁN contra COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. - COLFONDOS S.A., y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en el sentido de indicar que la AFP Colfondos deberá reintegrar a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también todos aquellos valores que cobró a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes depositados en el fondo de garantía de pensión mínima, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA PROVIDENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA

Secretaria