

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ELVIA BOHÓRQUEZ MARTÍNEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Radicación No. 25307-31-05-001-**2019-00363-01**.

Bogotá D. C. diecisiete (17) de junio de dos mil veintiuno (2021).

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 parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot, Cundinamarca el 23 de marzo de 2021.

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

SENTENCIA

1. La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones y Colfondos S.A. con el objeto que se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Colfondos S.A.; subsidiariamente solicita se declare la ineficacia de esa afiliación; se ordene su afiliación a Colpensiones S.A. *"que conllevó en el traslado de régimen, toda vez que ésta carece de validez por existir vicio en el consentimiento"*; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación al régimen de prima media con prestación definida; que le asiste derecho a que *"al momento del reconocimiento de su pensión de vejez en el régimen de prima media, le sea aplicado la Ley 797 del 2003 y/o la ley pertinente para el caso"*; que se declare que Colfondos S.A. está obligado a devolver los aportes

realizados la demandante a Colpensiones S.A.; y que le asiste derecho a que se le reconozcan y paguen los perjuicios materiales ocasionados por no haberle brindado asesoría y buen consejo al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual; en consecuencia, pide se condene a Colfondos a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los aportes que efectuó al RAIS, incluidos los rendimientos, sin que se realice ningún descuento por cuota de administración; lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales. La demanda se presentó el 20 de septiembre de 2019. (pág. 4 PDF 01).

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que nació el 8 de agosto de 1962, por lo que en la actualidad tiene 57 años de edad; que se afilió al ISS el 1º de septiembre de 1983; que cotizó a CAJANAL del 1º de septiembre de 1983 al 31 de julio de 1995; luego, el 1º agosto de 1995 se afilió a Colfondos; que para el 1º de agosto de 1995 tenía 32 años de edad; que fue contactada por una asesora comercial de la AFP Colfondos, quien *"con una muy deficiente, incompleta, engañosa, superficial y vacilante explicación de los pormenores de la concreta situación pensional de mi cliente, es decir, sin poner en una justa balanza las ventajas y desventajas que tenía frente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el Régimen de Ahorro Individual, sin explicarle que al cambiarse de régimen pensional perdería las prevendas (sic) y formas de liquidar la pensión que tenía en el extinto I.S.S. y hoy Colpensiones, sin explicarle en detalle la forma como el RAIS liquida las pensiones y las tres modalidades de pensión que allí se ofrecen, y con la engañosa intención (sic) de hacerle creer que en el Fondo de pensiones privado se podía obtener una pensión de vejez más ventajosa, mas rápido, sin tener en cuenta la edad, con una mesada pensional más alta, sin efectuarle las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de una u otra opción, sin indicarle que necesitaba una suma de capital de ahorro mínimo para poder acceder a su pensión, sin indicarle que si ese ahorro individual en su cuenta personal no le alcanzaba para la fórmula matemática y financiera debía aspirar a una pensión mínima completada por el estado pero que debía esperar a cumplir al menos 57 años o hasta más según su caso particular que tampoco le explicó y con la afirmación de que el ISS, se iba a acabar y a liquidar lo que le ocasionaría perjuicios en su futura pensión, por lo que lo indujo a firmar el traslado de pensiones a mi mandante para dicho fondo sin informar, suficientemente, oportuna, clara, coherente, certera, debida y completamente su consentimiento con conocimiento preciso y claro de sus consecuencias, aprovechándose de la ignorancia de mi cliente en ese campo"*. Por lo anterior, considera que el formulario de traslado que firmó no es

válido o se encuentra viciado de nulidad, máxime cuando dicha AFP no le dio la "re-asesoría al momento límite en que a mi cliente le faltaban 10 años para cumplir los requisitos para su pensión", "y que fuera la demandante quien libremente y con su consentimiento informado si quería permanecer en el RAIS", por lo que se "vició su consentimiento, concretamente por la inducción en error". Menciona que el 18 de septiembre de 2013 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, y ese mismo día, bajo el radicado 2013-8684111, le fue negada su solicitud porque el traslado no se hizo "con diez años de anticipación antes de cumplir los 57 años"; Finalmente, señala que solicitó a Colfondos copia completa de las asesorías y re-asesorías que le hicieron al momento del traslado "y de faltarle los diez años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para haber tomado la decisión de devolverse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida".

3. El Juzgado Laboral del Circuito de Girardot, Cundinamarca, mediante auto de fecha 1º de julio de 2020, admitió la demanda y ordenó notificar a las demandadas; igualmente dispuso la notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Pág. 89).
4. Las diligencias de notificación se cumplieron por parte del juzgado a los correos electrónicos de las demandadas el día 17 de julio de 2020 (Pág. 175 PDF 01). La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue notificada el 23 de octubre de 2020 (PDF 02 C. primera instancia).
5. El demandado Colfondos S.A., por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda el 28 de julio de 2020; en la misma no se opone a las pretensiones y se allana a las mismas; frente a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante; el momento de la afiliación de la actora a esa AFP, la edad que tenía para esa calenda, las campañas de afiliación que realizó para captar afiliados luego de la creación de las AFP, y la solicitud radicada por la demandante para la entrega de las asesorías y reasesorías; en cuanto a los demás manifestó no ser ciertos o no constarle los mismos; indicó que los asesores de Colfondos transmitieron la información que autorizaba el legislador y los entes de control a los posibles clientes a

afiliar, y a los afiliados se les enviaba información sobre su situación pensional, como lo es, la fecha de prohibición de traslado. Propuso en su defensa las excepciones de buena fe y la genérica (Pág. 177-186).

- 6.** Por su parte, Colpensiones, el 3 de agosto de 2020, allegó escrito de contestación en el que se opuso a todas las pretensiones de la demanda; aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, las cotizaciones que efectuó a CAJANAL, la afiliación a Colfondos en agosto de 1995, y que la demandante radicó derecho de petición ante la entidad, el que fue resuelto negativamente; frente a los demás hechos manifestó no constarle los mismos, y que no es cierto que el ISS indujera en error a la actora respecto a los vicios de consentimiento del traslado de régimen. Propuso en su defensa las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, 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 procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público y la genérica (Pág. 289-321).
- 7.** Con auto del 2 de febrero de 2021 se tuvo por contestada la demanda por parte de la AFP y Colpensiones; se señaló el 23 de marzo de 2021 (PDF 03) como fecha para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS; diligencia que se realizó ese día (PDF 11), y al agotarse el objeto de la misma, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento.
- 8.** En sentencia proferida ese día, la Juez Laboral del Circuito de Girardot, Cundinamarca declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a Colfondos S.A., suscrita el 17 de julio de 1995; declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; condenó a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, la totalidad del capital ahorrado, junto con

los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones generados en su cuenta de ahorro individual, concediéndole el término de 20 días para el efecto; declaró próspera la excepción de no procedencia al pago de costas propuesta por Colpensiones, e imprósperas las demás excepciones de mérito que opusieron las demandadas; condenó en costas a Colfondos S.A., fijándose las agencias en derecho en la suma de \$1.200.000 a favor de la parte demandante; y absolvió las demandadas de las otras pretensiones de la demanda (PDF 11 C. Primera instancia).

9. Frente a la anterior decisión, la apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, en el que manifestó:

“Estando dentro de la oportunidad pertinente me permito interponer y sustentar el recurso de apelación contra la sentencia proferida en su despacho, en los numerales primero, segundo, cuarto... Me permito sustentarlo para que el Tribunal Superior de Cundinamarca revoque los anteriores numerales y en su lugar se absuelva a mi representada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante, conforme los siguientes argumentos: Como se manifestó en los alegatos de conclusión, no se debe declarar la ineficacia de la afiliación, no se declare la afiliación a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de la demandante, toda vez que lo que busca esa clase de proceso de ineficacia de traslado, es volver a que las cosas vuelvan a su estado inicial, y siendo así, la señora Elvia Bohórquez Martínez nunca estaba afiliada al Instituto de Seguros Sociales ni a Colpensiones según los reportes histórico laboral y lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte, mi representada no es la encargada de asumir la filiación de la demandante porque nunca ha sido afiliada ni al ISS ni a Colpensiones. Además, cuando la actora solicitó la filiación a Colpensiones la negó, no por capricho de la entidad, sino porque así está contemplado en la norma, por encontrarse en una prohibición legal según lo preceptuado en el artículo 13 literalmente B de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. En ese estado también me permito también resaltar pronunciamientos del Honorable Tribunal Superior de Bogotá en casos de ineficacia de traslado, pues, que ha revocado la sentencia de primera instancia, los radicados SON 2017-118 por el magistrado Lorenzo Torres Russi del 3 de agosto de 2012, 2017-641 por el Honorable Magistrado 2018-445 del honorable magistrado David Correa del 30 de julio de 2020, y 2018-702 de Rhina Patricia Escobar del 31 de julio de 2010, en donde ellos resaltan y me permito abrir paréntesis y leer ese pronunciamiento emitidos por los honorables magistrados en cuando dice que (el afiliado no está exonerado de sus deberes del deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuida su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que su elección dependerá todo su futuro pensional, la responsabilidad por los perjuicios que se causen

a los afiliados con ocasión de cualquier infracción, error u omisión de los promotores de la AFP, indicando que es responsabilidad de estas últimas, razón por la cual esta disposición no permite trasladar los perjuicios de las soluciones, en el deber de información a un sujeto de derecho que, como Colpensiones, no intervino en la decisión del afiliado al momento de optar por el RAIS, ni es responsable del deber de información que impone la doble asesoría que sólo se estableció a partir del año 2014). En la actualidad las decisiones tomadas por los despachos judiciales de declarar la ineficacia de la afiliación que durante el principio de sostenibilidad financiera, considerado en el artículo 48 de la Constitución Política, modificado por el acto legislativo 01 de 2005, pues genera una situación caótica que altera la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que vendían aportando al sistema ayudando al sostenimiento del mismo. Para finalizar señora Juez y honorables magistrados, no puede manifestar la demandante ya cuando tiene la pensión requerida en el régimen prima media, que fue engañada o que no le brindaron la suficiente información, cuando uno de los deberes es informarse adecuadamente qué productos adquirió o está adquiriendo, Decreto 2249 de 2010, en su artículo 4; hubo falta interés, poca interacción o negligencia por parte de la demandante en toda su vida pensional, más aún, pues, que trabajaba en un medio que se maneja mucho el tema del derecho de la Seguridad Social, por lo anterior, ruego a los honorables Magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca en su Sala Laboral, que sean considerados estos argumentos y que, en consecuencia, sea revocada los números ya mencionadas."

- 10.** Recibido el expediente digital, se admitió el recurso de apelación mediante auto del 3 de mayo de 2021.
- 11.** 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 10 de mayo de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual la parte demandante guardó silencio.
- 12.** El apoderado de Colfondos S.A. solicita se confirme la decisión de primera instancia "*considerando la postura que ha tomado mi representada desde la contestación de la demanda y en el transcurso del proceso sobre el allanamiento de las pretensiones*".

Por su parte, la apoderada de Colpensiones solicitó la revocatoria de la sentencia por cuanto "*Al momento de la solicitud del retorno al RPM, 18/09/2013 la demandante contaba con 51 años pues nació el 8 de agosto 1962, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la*

Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, 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". "Además, lo que busca esta clase de procesos de ineficacia de traslado, es volver a que las cosas vuelvan a su estado inicial, y siendo así, la señora ELVIA BOHORQUEZ MARTINEZ nunca ha estado afiliada al Instituto de seguros sociales, ni a Colpensiones, según el reporte del histórico laboral y lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte". "Su afiliación primaria se hizo a Cajanal, antes de afiliarse con Colfondos S.A.". Además, señala que la demandante saneó la nulidad pues de manera voluntaria, luego del diligenciamiento del formulario de cambio de régimen hasta la fecha de presentación de la demanda, ha consentido en que se le hagan los descuentos respectivos con destino al ahorro individual. Agrega que "La declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados", y que en caso de confirmarse la sentencia solicita se condicione "el cumplimiento de la sentencia por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- previo cumplimiento de LA 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 demanda (sic) a que hubiera lugar, debidamente indexados por el período 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".

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 en el momento de sustentar su recurso ante la juez, 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 la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, que en su momento era administrado por CAJANAL, desde enero de 1983 (pág. 52), cotizando para ese régimen 644 semanas; que suscribió el formulario de traslado al Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos el 17 de julio de 1995 (pág. 268), que entre los años 2013 y 2014 efectuó aportes a Colpensiones, siendo devueltos por "No vinculado por afiliación" (pág. 323), que la actora nació el 8 de agosto de 1962 y que a la fecha tiene 58 años de edad (pág. 27 PDF 01); tales situaciones fácticas no fueron controvertidas por las partes y además aparecen acreditadas documentalmente. Igualmente, no es objeto de discusión que Colfondos S.A., el 19 de febrero de 2019, realizó una proyección de la mesada pensional de la demandante para la fecha que cumpliera los 57 años de edad (8 de agosto de 2019), en la que se menciona que cuenta con 1.838 semanas cotizadas (a febrero de 2019), un saldo de la cuenta de ahorro individual de \$154.934.545 y un bono pensional por valor de \$119.128.679, para un patrimonio total de \$276.961.950, proyectando una mesada pensional de \$879.800 (pág. 56-58)

La juez al proferir su decisión consideró que había lugar a declarar la ineficacia de afiliación pretendida por la demandante, por cuanto *"No obra dentro del expediente documentos adicionales de la afiliación, ni tampoco soporte probatorio alguno sobre asesorías realizadas a la demandante frente a su futuro pensional, de lo que se extrae que Colfondos SA no suministró a la afiliada información clara y precisa sobre las características, condiciones y consecuencias y riesgos del cambio de régimen, o una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos favorables y desfavorables de cada régimen y las consecuencias del traslado pensional, a pesar del deber legal que tenía para dicha, ya como se expuso en los antecedentes. (...) En este sentido, resulta necesario y obligado que el fondo de pensiones privado*

demandado proporcionar al afiliado una suficiente, clara, completa, comprensible y oportuna información sobre las reales implicaciones de abandonar el régimen de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, porque aun cuando la cotización de la demanda se afirmó que se proporcionó una exhaustiva capacitación a sus asesores a fin de garantizar una orientación profesional a sus afiliados, el único medio de convicción en que se soportó su defensa fue el formulario de afiliación, y para el despacho conforme al precedente jurisprudencial, tal documento no corrobora los argumentos expuestos por la AFP accionada, en tanto únicamente da cuenta de la formalidad requerida para el ingreso a un afiliado, sin que de él se puede advertir que cumplió con los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado de regímenes. En este orden, el formulario de vinculación a la AFP no puede en este caso demostrar el consentimiento informado del trabajador frente al cambio de régimen pensional, porque no se da cuenta de suministro de explicaciones sobre las ventajas reales y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes, es que de habersele dado la información veraz, inmediatamente la demandante se hubiera dado cuenta de las desventajas y, en efecto, si se le hubiera realizado una selección de su pensión, habría advertido claramente que su pensión en el fondo iba a ser igual al salario mínimo y que en Colpensiones iba a ser mucho más elevado, proporcional, más justo y más proporcionada al ingreso base de cotización. Era un salario mucho mejor, cotizado, como se puede ver en su historial laboral, era un salario muy por encima, entonces, de haber recibido la información veraz, evidentemente la demandante no iba a aspirar de pensionarse con un mínimo cuando tenía la posibilidad de hacerlo con un salario mucho mucho mayor en el fondo público. Tampoco es admisible el argumento de que el afiliado, en este caso la demandante, firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, pues presupone pleno conocimiento de las consecuencias de esa decisión, sin información suficiente, dijo la Corte, sin información suficiente no hay autodeterminación, de manera que no es ningún traslado libre, no hay libertad si no hay verdadera información. (...) En caso de haberse cumplido con el deber de información, se reitera, en caso de que la demandante hubiera tenido pleno conocimiento de ese futuro pensional, pues obviamente no habría elegido quedarse en el fondo privado, ni siquiera vincularse, mucho menos quedarse, no puede hablarse entonces de una manifestación libre y voluntaria, y por lo tanto es ineficaz ante la insuficiencia en la información. (...) Ahora bien, teniendo en cuenta que los afiliados a CAJANAL que permanecieron en el régimen de prima media con prestación definida a la liquidación de dicha entidad, fueron trasladados al extinto Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, se entiende la afiliación de la señora Elvia Bohórquez Martínez a esta última entidad, la cual, en todo caso, para los años 2013 y 2014 recibió aportes a pensión, los cuales, luego fueron devueltos conforme se desprende del expediente pensional aportado por Colpensiones... ”.

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 solicitado.

Se empieza por decir que 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 el 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 1995, cuando ocurrió el traslado de régimen de la demandante, y desde este 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 y SL1688 de 2019, reiteradas en SL1689 de 2019).

Respecto a la información necesaria a 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, se refiere 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".

Por tanto, al ser nítido el deber de las administradoras de fondos de pensiones, desde su gestación, 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, según la cual, era deber de la demandante informarse adecuadamente sobre el cambio de régimen pensional que estaba efectuando en ese momento, sin que tampoco pueda entenderse que la actora al efectuar sus aportes al régimen de ahorro individual con solidaridad convalidó la omisión de la AFP.

Así las cosas, observa la Sala que en el caso concreto no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral, pues dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que la demandante, antes de la firma del formulario de traslado a la AFP Colfondos, el 17 de julio de 1995, hubiese recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna, suficiente para tomar una decisión objetiva que le permitiera establecer las consecuencias y riesgos de su futuro pensional frente a cada uno de los regímenes vigentes en ese momento, y lo único que se allegó al expediente fue el formato preimpreso de "SOLICITUD DE VINCULACIÓN" "TRASLADO DE RÉGIMEN" que suscribió la actora a favor de la AFP Colfondos dicho día (pág. 268), 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 este enunciado no es

suficiente para tener por demostrado el deber de información que le correspondía a la AFP demandada, como ampliamente se explicó, siendo esta la única prueba que aportó Colfondos al dar contestación a la demanda, en la que además, se allana a las pretensiones de la misma, por lo que analizado este aspecto hay lugar a confirmar la ineficacia del traslado ordenado por la juez.

Ahora, dice Colpensiones que no era dable que la demandante manifestara, *ad portas* de adquirir el derecho a una pensión, que fue engañada o que no le brindaron la suficiente información, máxime cuando ella "*trabajaba en un medio que se maneja mucho el tema del derecho de la Seguridad Social*". Frente a este punto, advierte el Tribunal que si bien la demandante ha trabajado en la Rama Judicial desde el año 1983 a la fecha, como lo informó en su interrogatorio de parte, lo cierto es que ha ejercido el cargo de "*escribiente 4 en el Juzgado Segundo Civil Municipal de Girardot*", por lo que es evidente que en su cargo y en la especialidad que ha trabajado no conoce de trámites de seguridad social, como tampoco tiene funciones de sustanciación en esos temas, a lo que se suma que los estudios que tiene hacen referencia a "*estudios técnicos en secretariado y sistemas*", por lo que no puede atribírsele conocimiento en seguridad social, y mucho menos en traslado de régimen que es lo que aquí se debate.

Frente al otro punto objeto de apelación, hay que decir que si bien la demandante para el 18 de septiembre de 2019, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con 57 años de edad y por tanto se encontraba inmersa 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 beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que le hubiese permitido regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo conforme lo dispuso la sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional al declarar exequible el citado artículo 2º de la Ley 797, pues, según se advierte, a la entrada en vigencia de dicha norma (1º de

abril de 1994) no tenía los 35 años de edad ni los 15 años de servicios allí requeridos, ya que para ese momento solo tenía 31 años (toda vez que nació el 8 de agosto de 1962 (pág. 27 PDF 01), y contaba con 11 años de servicios cotizados, según la historia laboral que reposa en el plenario; 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 demandante cuando solicitó el retorno al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se reitera, no se demostró que la AFP Colfondos hubiese cumplido con su deber de dar a conocer a la 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.

Ahora bien, es cierto que el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto declarado ineficaz, y como bien lo dijo Colpensiones, la demandante para la fecha de la afiliación a la AFP Colfondos S.A., esto es, el 17 de julio de 1995, se encontraba afiliada al Régimen de Prima Media administrado por CAJANAL, pues así lo confesó en su interrogatorio de parte y se desprende de la documental aportada al plenario; sin embargo, dicha entidad se suprimió, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, debe entenderse que Colpensiones es cesionaria de las

obligaciones que tenía Cajanal como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Dicha norma consagra lo siguiente:

Artículo 4°. Del traslado de afiliados. La Caja Nacional de Previsión Social, Cajanal, EICE, en Liquidación, deberá adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia del presente decreto, a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social – ISS. (...)

Además, este es el entendimiento que le ha dado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues en sentencia SL081 de 2021, refirió al respecto: *"Como argumento adicional, la Sala debe señalar que la consecuencia derivada de la decisión de ineficacia también apareja que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones (como cesionaria de las obligaciones que correspondían a Cajanal como Administradora del Régimen de Prima Media, artículo 4° Decreto 2196 de 2009) tal como se dejó sentado, entre otras, en las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989."*

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, porque a su juicio, *"genera una situación caótica que altera la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que vendían aportando al sistema ayudando al sostenimiento del mismo"*. La juez en su sentencia ordenó a la AFP Colfondos a devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones generados en su cuenta de ahorro individual, sin hacer mención alguna ni a los recursos existentes en el fondo de garantía de pensión mínima, ni a los bonos pensionales.

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 por cuanto 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 no solo los valores ordenados por la juez, frente al capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, sino también, los aportes existentes en el fondo de garantía para pensión mínima, y,

además, los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, pues según se observa de las documentales allegadas al plenario, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público liquidó un bono pensional a favor de la demandante, del período comprendido entre el 30 de junio de 1992 al 1 de agosto 1995 (pág. 28-29), y de la proyección dada por Colfondos se desprende que el bono pensional se encuentra "Emitido" (pág. 47). Esto por cuanto Colpensiones es la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

En ese sentido, se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencia 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".

Ahora, no hay lugar a ordenar la indexación pretendida por Colpensiones en sus alegatos de conclusión, pues debe reiterarse que en este caso se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, por lo que entiende la Sala que este rubro sería excluyente

con la pretendida indexación. Frente a este punto, la jurisprudencia laboral ha señalado que *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”* (Sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, reiterada en sentencias, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL1421-2019 y SL2817-2019).

Finalmente, no hay lugar a condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones a que la AFP Colfondos S.A. 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 tener para todos los efectos legales que la actora nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado hoy Colpensiones.

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 23 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Girardot, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de ELVIA BOHÓRQUEZ MARTÍNEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES" y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A, 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 y los bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, 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.

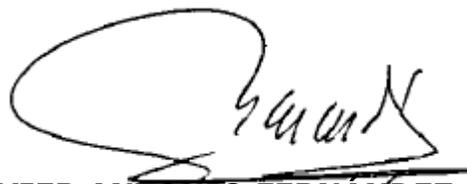
CUARTO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES SE NOTIFICAN POR EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA

Secretaria