TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARIO ORLANDO MALDONADO PÉREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A., AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A. Radicación No. 25899-31-05-001-**2019-00598**-01.

Bogotá D. C. ocho (8) de septiembre 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 deciden los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas Colpensiones y Protección S.A., contra la sentencia de fecha 14 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Primero 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 Colpensiones, Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Protección S.A., con el objeto de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media al de ahorro individual, y en consecuencia, se declare que tiene derecho volver al régimen de prima media administrado por Colpensiones; que Protección S.A., y se ordene a dicha AFP devolver "*por concepto de bono pensional, la suma que resulte del respectivo cálculo actuarial desde la fecha en que tal bono fue*

recibido hasta su entrega definitiva", junto con su indexación e intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso; subsidiariamente solicita se declare la nulidad del traslado antes referido, se declare que tiene derecho a recuperar el régimen de prima media; se ordene la devolución por parte de Protección S.A. del "*bono pensional, la suma que resulte del respectivo cálculo actuarial desde la fecha en que tal bono fue recibido hasta su entrega definitiva*", su indexación e intereses moratorios; y costas. La demanda se presentó el 19 de diciembre de 2019 (pág. 1-40 PDF 01).

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Protección el 1º diciembre de 1998, esto por cuanto dicha AFP "*al momento de la afiliación y traslado solamente se limitaron a llenar el formato preestablecido sin brindar ningún tipo de información veraz, adecuada, suficiente respecto a las prestaciones económicas que brinda el Régimen de Ahorro Individual"*, como tampoco le entregó alguna proyección o cuadros comparativos del valor de su pensión en los regímenes pensionales existentes; ni le informó hasta qué edad y salarios debía cotizar en el fondo privado para alcanzar una pensión de vejez igual o equivalente a la que recibiría en Colpensiones, no le entregó información relacionada con el capital que requería para obtener una pensión con un salario mínimo, como tampoco le dio información oportuna *"pues manifestaron que si quería pensionarse en el fondo Privado de Pensiones antes de la edad requerida o en forma anticipada debía negociar el bono pensional que entregaba la entidad pública en la que estaba afiliado, y que esa situación traía como resultado la disminución del valor de la pensión*"; además, dicha AFP no le comunicó que *"de tener conyugue o compañero permanente, hijo discapacitado o menor de edad, estando en el fondo privado de pensiones, el monto de la pensión sería menor que en el régimen donde se encontraba afiliada (sic) anteriormente, toda vez que se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios*"; ni le presentó "*los cuadros comparativos de ventajas y desventajas de los regímenes"*, no le advirtió cómo "*se tasaría su futura pensión, mucho menos que los aportes pensionales correrían riesgos en la bolsa de valores y se verían afectados por el mercado de divisas*", ni recibió "*el reglamento señalado en el artículo 15 y ss. Del decreto 656 de 1994, y la entidad omitió la obligación de informarle el derecho a retractarse de la afiliación, incumpliendo lo dispuesto por el artículo 3º del decreto 1161 de 1994"*, como tampoco le informó

"sobre la existencia de un régimen de transición y la eventual perdida de beneficios pensionales", o cómo se "*liquidaría su mesada pensional y que dependería de los ahorros y no del porcentaje del salario devengado durante su vida laboral*". De otro lado, indica que la AFP publicó "*información que faltaba a la verdad, ocultando la misma, que de trasladarse al fondo privado la gente se podía pensionar a una edad más temprana, sin informar que para eso se debía negociar el bono pensional y como consecuencia el valor de la pensión era muy inferior al valor de la pensión en el fondo público*"; además, que le informaron de manera errada que el *"régimen de prima media administrado ISS hoy Colpensiones iba a desaparecer, estando en riesgo los aportes realizados".* Finalmente, indica que solicitó ante Protección AFP y Colpensiones la nulidad del traslado mediante derecho de petición, sin que fuera aceptada su solicitud; y que de haberse mantenido en el régimen de prima media, el monto de su pensión al cumplimiento de la edad sería de $7.673.113, mientras que en el fondo privado tan solo asciende a $1.801.512.

3. El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, mediante auto de fecha 6 de febrero de 2020 admitió la demanda contra Colpensiones, ordenó notificar a la demandada y vincular a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (pág. 174 PDF 01); luego, con auto del 20 del mismo mes y año adicionó el anterior proveído, en el sentido de admitirla también contra las AFP Colfondos S.A., Protección S.A., y Porvenir S.A.

4. Las diligencias de notificación se cumplieron mediante correo electrónico, así: el 6 de agosto de 2020 a la AFP Protección; (pág. 279 PDF 01), y el 10 de agosto de 2020 a la AFL Colfondos.

5. La demandada AFP Protección S.A., por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda el 24 de agosto de 2021; oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos únicamente aceptó el relacionado con la actual afiliación del actor a dicha AFP; respecto a los demás manifestó que el demandante se trasladó a Protección el 22 de diciembre de 1998, para lo cual firmó el formulario de afiliación en el que manifestó su voluntad de traslado de manera libre, voluntaria e informada, "*luego de recibir la información que requería para*

ilustrar su conocimiento sobre las condiciones y consecuencias de su traslado de régimen", "información veraz, oportuna, suficiente y comparada"; agrega que dicha información se brindó de manera verbal al actor, en la que se le indicó "*sobre la eventualidad de requerir financiar su pensión anticipada de vejez, con la venta de su bono pensional, si ello era necesario",* e igualmente, "*sobre la incidencia de la conformación del grupo familiar en el monto de la pensión a reconocer", "de manera comparada entre ambos sistemas pensionales con sus ventajas y desventajas comparativas";* y que la AFP *"ha reconocido la rentabilidad mínima obligatoria sobre sus aportes";* agrega que sí le entregó al actor copia del reglamento del fondo de pensiones, y que verbalmente le informó el derecho que tenía al retracto, sin que así lo hubiese hecho, y por el contrario se trasladó a Porvenir. Propuso en su defensa las excepciones de validez de las afiliaciones a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada (pág. 282-292 PDF 01).

Colfondos AFP S.A., dio contestación el 24 de agosto de 2020; no se opuso a las pretensiones de la demanda por no dirigirse en su contra; y frente a los hechos manifestó no constarle los mismos por corresponder a hechos de terceros; finalmente, no propuso excepción alguna (pág. 327-332 PDF 01)

6. Mediante auto del 26 de noviembre de 2020 el juzgado tuvo por contestada la demanda por parte de las AFP Colfondos S.A. y Protección S.A., y requirió al demandante para la notificación de la AFP Porvenir (pág. 355 PDF 01).

7. El 30 de noviembre de 2020 se notificó mediante correo electrónico a Colpensiones y a la AFP Porvenir S.A.; luego, se radicaron avisos de notificación en las oficinas de correspondencia de Colpensiones y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, los días 9 y 15 de diciembre de 2020, respectivamente (pág. 357-361 PDF 01).

8. La AFP Porvenir S.A., por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda el 10 de diciembre de 2021; se opuso a todas y cada una de sus pretensiones; respecto a los hechos dijo no ser ciertos o no

constarle los mismos, por cuanto corresponden a situaciones fácticas del parte demandante con un tercero, y porque el actor no aclara a cuál AFP hace referencia, en todo caso, explica que la vinculación del demandante a Porvenir S.A. ocurrió en el año 2002, *"producto de su voluntad y de su decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada (sic) sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales en el RAIS, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 01184795*", documento que se presume auténtico, aunado que siempre le garantizó el derecho al retracto y que "*por medio de sus promotores comerciales, brindó información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del régimen de ahorro individual con solidaridad, también mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual"*, y en general "*cumplió con todas las obligaciones respecto al deber de información*". Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (pág. 362-382 PDF 01 y 1-15 PDF 02).

9. Colpensiones allegó escrito de contestación el 18 de diciembre de 2020; se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda; aceptó la solicitud que hizo el actor para la nulidad del traslado; y frente a los demás hechos señaló no constarle ninguno de ellos, como quiera que Colpensiones no estuvo presente en la vinculación que hizo el actor al RAIS. 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 causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (pág. 72-110 PDF 02).

10. Con auto del 29 de abril de 2021 se tuvo por contestada la demanda por parte de Porvenir S.A. y Colpensiones, señalándose como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS el 11 de mayo de 2021 (pág. 138-139 PDF 02); diligencia que

se realizó ese día (PDF 07), y se fijó el 14 del mismo mes y año para audiencia de trámite y juzgamiento.

11. El Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, en sentencia proferida el 14 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media que efectuó el demandante el 29 de diciembre de 1998 a la AFP Protección; y ordenó a dicha AFP restituir a Colpensiones, los aportes a pensión, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, de manera indexada; igualmente, ordenó a Colpensiones a "*recibir al afiliado MARIO ORLANDO MALDONADO PEREZ en el régimen de prima media"*; absolvió a las AFP Colfondos y Porvenir, de las restantes súplicas de la demanda; y condenó en costas a Protección S.A., tasándose las agencias en derecho en 1 SMLMV (PDF 12).

12. Frente a la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas Colpensiones y Protección S.A., interpusieron recurso de apelación, así:

Colpensiones manifestó que *"En el presente caso el demandante haciendo uso del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 escogió por su propia voluntad el régimen al cual quería ser afiliado; así las cosas el 30 de noviembre 2019, fecha en la cual presentó ante Colpensiones la petición de su traslado, se encontraba entre una prohibición legal conforme al artículo 2º de la Ley 797 de 2003, en la cual señala que después de un año de vigencia de la mencionada ley el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión; así mismo tenemos que el señor Mario Orlando Maldonado Pérez a la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 del 93, esto es, al 1º de abril del 94, no contaba con la edad 40 años, ni con los 15 años de cotización, razón por la cual no es beneficiario del régimen de transición referido en el artículo 36 de la ley mencionada, ni contaba con ninguna expectativa legítima ni derecho adquirido en el régimen de prima media, razón por la cual no es de recibo que pretenda regresar al régimen de prima media con prestación definida, como así lo ha solicitado; también se observa que el demandante no hizo uso de los derechos de los afiliados, esto es, del retracto, el cual le da al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su elección; de otro lado, es pertinente manifestar que el momento de la afiliación al RAI se encontraba frente a una mera expectativa, pues tal como se desprende de los hechos y de las pruebas documentales, para la fecha entra en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es, al 1º de abril del 94, no tenía el requisito de las semanas o tiempo de servicio para poder regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo; por último, también se tiene en cuenta*

que la afiliación en la cual se pretende la nulidad adolece de alguna causal que le estime está en esa nulidad pretendida, y visto los hechos de la demanda se concluye que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica al acto celebrado entre el demandante y las entidades de los fondos privados a los cuales hizo su traslado, por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o recisión. Respecto a la carga de la prueba se debe indicar que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en las administras de fondo de pensiones en el caso particular en Colpensiones, puesto que en los casos en que se ha declarado la nulidad, es la entidad que resulta más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación en el presente caso se dio desde el 1º de diciembre 98, queriendo decir esto que ha transcurrido aproximadamente 22 años a la fecha, configurándose en imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha en las cuales hicieron los traslados, no era obligatorio dejar un registro documental de los mismos, por lo cual es completamente aplicable a estos casos el principio que reza que nadie está obligado a lo imposible; finalmente debo indicar que la entidad que represento siempre ha actuado dentro de los parámetros legales y constitucionales, amparada en el principio de la buena fe, tanto de la entidad como las entidades o personas que pueden haber en calidad de usuarios o afiliados, con base en lo anterior las decisiones en relación con lo pretendido por la parte actora (sic), Colpensiones las ha fundamentado en la ley, en consecuencia solicito a los señores magistrados se absuelva a la entidad que represento de todos los cargos contra ella formulados."

A su turno, la AFP **Protección S.A**. señaló *"me permito interponer recurso de apelación parcial a la sentencia proferida en esta instancia, y lo haré teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: señores magistrados solicito que se pueda tener en cuenta que durante todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado con Protección mi representada administraba los dineros que él mismo depositó en su cuenta de ahorro individual, esta gestión se realizó con la mayor diligencia y cuidado pues Protección es una entidad financiera experta en inversión de recursos de propiedad de sus afiliados, adicionalmente dicha gestión de administración se evidencia en los buenos rendimientos financieros que ha generado la cuenta ahorro individual del demandante, ya que se declaró en este caso la ineficacia del traslado, únicamente sería procedente la devolución de los aportes de la cuenta ahorro individual más los rendimientos financieros generados por la buena gestión de Protección, pero no es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la ley como contraprestación a una buena gestión de administración como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera, montos estos que igual hubiesen sido descontados si el demandante permaneciera afiliado con Colpensiones, en este orden de ideas si*

la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato afiliación nunca existió y por ende nunca Protección nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos de dicha cuenta no se causaron y tampoco debió cobrarse una comisión de administración; sin embargo en este punto tengamos en cuenta el artículo 1746 que habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por esto el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de su cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de Protección, y el fruto o mejora que recibe la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservarse porque realmente se hizo rentar el patrimonio del afiliado; finalmente es menester poner de presente que al ordenar a Protección a devolver a Colpensiones los aportes del demandante, los rendimientos generados y adicionalmente lo que se descontó por comisión de administración, se está constituyendo en un enriquecimiento sin causa, a favor del demandante porque estaría recibiendo unos rendimientos generados por la buena administración de mi representada sin reconocer y pagar ningún concepto por la gestión realizada, realizando así la señora juez una interpretación no acorde con la Constitución y con la ley, en detrimento del patrimonio de mi representada, vulnerándose así el derecho a la igualdad y privilegiado de manera injustificada a una de las dos partes del contrato. Por lo anteriormente expuesto solicito al Honorable Tribunal Superior Sala Laboral sólo sea ordenada la devolución de los aportes más los rendimientos financieros, y que en ningún caso debe obligarse a mi representada a devolver conjuntamente a los rendimientos la comisión de administración, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas por lo que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual del demandante produjo unos rendimientos gracias a la buena gestión de Protección, la cual esta a su vez cobra una comisión para hacer rentar dichos dineros, por lo tanto son conceptos totalmente excluyentes, es decir, que no pueden devolverse los dos al afiliado, pues no hay causa ni fáctica ni jurídica para hacerla, toda vez que se estaría desconociendo el trabajo que durante años ha realizado mi representada, vulnerándose así a Protección el derecho a las restituciones mutuas, con frutos, intereses y mejoras, en la igualdad en el trato en el marco de una relación contractual precedida de la buena fe; teniendo en cuenta los anteriores argumentos presentados dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando al Honorable Tribunal se sirva revocar parcialmente la sentencia de primera instancia."

13. El expediente digital se recibió ante esta Corporación tan solo hasta el 12 de julio de 2021, siendo repartido al día siguiente e ingresando al despacho el viernes 16 de julio del año en curso; luego, con auto del 19 de julio de 2021 se admitió el recurso de apelación.

14. Posteriormente, en atención a lo establecido en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con auto del 27 de julio de 2021 se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, no obstante, ni las entidades recurrentes ni el demandante las allegaron; y si bien Colpensiones presentó escrito en tal sentido, el mismo fue extemporáneo, pues lo allegó el 6 de agosto de 2021, cuando su término finalizó el 4 de ese ese mes y año.

Ahora, la AFP Porvenir S.A., allegó escrito de alegaciones de manera anticipada, en el que solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia; y manifestó que *"no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a Porvenir S.A., como lo es COLPENSIONES; pero además, determinar que se deben reintegrar los gastos de administración o las primas de seguros, es tanto como ordenarle a una compañía de seguros a que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza*", y por ello, "*los gastos de administración ni primas de seguros, al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez y por ende no son parte integrante de ella, razón de peso para descartar su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional".*

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, como lo argumenta esta demandada; y de considerarse que sí hay lugar a la ineficacia del traslado, analizar si resulta procedente o no, ordenar la devolución de las comisiones de administración.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que el aquí demandante estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, desde el 20 de abril de 1981, cotizando para ese régimen 789.57 semanas (PDF 05); que suscribió el formulario de traslado al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. el 22 de diciembre de 1998 (pág. 293 PDF 01); luego, el 30 de septiembre de 2002 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. (págs. 52-59 PDF 02 / 296 PDF 01); el 31 de agosto de 2003 se trasladó a la AFP Colfondos S.A.; y el 2 de noviembre de 2010 retornó a la AFP Protección; cotizando para el régimen de ahorro individual un total de 1.057.57 semanas (pág. 49-52/294-310 PDF 01); y de otro lado, que el actor nació el 28 de enero de 1961 por lo que a la fecha tiene 60 años; 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, por cuanto *"en este caso a que se concluye que con la sola suscripción del formulario o los diferentes formularios para traslados de administradoras dentro del mismo régimen, no se cumplió con una evidencia suficiente que nos diera a nosotros una pauta para concluir que los fondos dentro de los cuales se presentaron traslados entre administradoras, dentro del mismo RAIS, hubiesen cumplido con la carga de brindar una información clara, comprensible y suficiente (…), claro es que la Corte Suprema de Justicia ya en diferentes pronunciamientos ha indicado que la orientación que deben dar los fondos debe ser con este talante, clara, comprensible y suficiente, en la medida en que la orientación debe darse en relación con los beneficios, con el monto de la pensión, con la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizan, la implicación de la conveniencia o no de la habitual decisión de trasladarse o cambiarse de régimen, se echa de menos en el presente caso realmente*

que las entidades de pensiones acá convocadas como demandadas, del régimen de ahorro individual, hubiesen realmente efectuado una asesoría, que fuese con estas características para que el aquí demandante pudiese optar de manera informada, es decir si optaba realmente por cambiarse al RAIS, ahora, también puede decirse que hay ineficacia cuando la insuficiencia en la información acerca de los intereses del afiliado en procura de revindicar su acceso a su derecho y eso se evidencia en el presente caso en la medida en que se puede ver como no se le explicó el monto de su pensión a cuánto ascendería en el régimen de ahorro individual respecto del cual obtendría en el régimen de prima media, por lo tanto, no puede decirse que es suficiente si la simple suscripción del formulario sino que debe adicionalmente soportarse probatoriamente que se cumplió con la carga de la información; información suficiente que debe ir indicada también no solamente con la respectiva firma del formulario donde a ciencia cierta se dice que acepta los términos, sino que también debe ir acompañada y aspectos positivos y negativos de la vinculación y su incidencia, claro es que en el presente caso en los interrogatorios de parte de los fondos manifestaron que se le ha dado asesoría verbal, nada de eso quedó acreditado. Ahora trasladar la carga de la prueba respecto a esa situación frente a la demandante, es decir, es tanto como como dejar de aplicación a la Ley 1328 de 2009 en su artículo 3º que indica, sobre cláusulas abusivas la proyección de invertir la carga de la prueba frente al consumidor financiero; por lo tanto, la información necesaria a la que alude el estatuto orgánico del sistema financiero, hace referencia a la descripción de características condiciones acceso servicios o modalidades de pensión de cada uno de los regímenes, de modo que el afiliado pueda conocer la lógica que le asiste a cada uno de los regímenes, lo que implica un parangón de las características del régimen de RAIS frente a las características del régimen de prima media, o lo que significaría entonces brindarle al afiliado, una información que narre sobre las ventajas desventajas de una manera objetiva; esa circunstancia se echa de menos en la medida que no está acá soportado y esa transparencia de la cual habla también la Corte en la información, implica dar a conocer la verdad objetiva en los regímenes, atendiendo sobre todo a no dimensionar lo bueno, callar sobre lo malo, y parcializar lo neutro, así lo ha dicho la Corte, claro es entonces que en cuanto a los deberes de información la Corte también ha considerado que ya desde la primera etapa de la creación de las fondos que ya existía ese deber y que posteriormente viene hacer ampliado con la etapa del Decreto 1328 de 2009, y el Decreto 2241 del año 2010, donde se habla del deber de asesoría y el buen consejo, y me sirve acá como sustento jurisprudencial lo dicho por la corte en la SL1688 del año 2019, quiere entonces ello decir que las pretensiones deben salir avantes, es decir, efectivamente debe decretarse la ineficacia del traslado, y en consecuencia, ordenar devolver los aportes a pensión así como los rendimientos financieros y los gastos de administración de manera indexada al fondo al que aparece hoy vinculado el aquí demandante, esto es, el fondo de pensiones Protección, a fin de que lo traslade a Colpensiones, esto de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil".

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 solicitado.

Se parte 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 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 1998, 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 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 convalidó la omisión de la AFP.

Así las cosas, observa la Sala que en el caso concreto no se cumplen tales presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral, pues dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que la demandante antes de la firma del formulario de traslado a la AFP Protección, el 22 de diciembre de 1998, 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*" por "*TRASLADO DE RÉGIMEN*" que suscribió el actor a favor de la AFP Protección dicho día (pág. 293 PDF 01), 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 dicha AFP, como ampliamente se explicó.

Además, en los traslados que efectuó el actor entre la AFP Protección a Porvenir en 2002, de Porvenir a Colfondos en 2003, y finalmente, de Colfondos a Protección en 2010, tampoco se allegó prueba adicional al formulario preimpreso de traslado, que consigna en términos generales las mismas constancias de que esos traslados los realizó el actor "*EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES*", sin que con ello se acredite el cumplimiento del deber de información que recae sobre las AFP, máxime cuando los mismos representantes legales de tales AFP demandadas en sus interrogatorios de parte indicaron de manera coincidente que no quedó registro documental de la asesoría brindada al demandante en el momento de cada traslado, sin que tampoco pueda tenerse por cierto su dicho en el sentido de aceptar que esa información se brindó de manera verbal, como quiera que a las partes no les está permitido fabricar su propia prueba, a lo que se suma que la representante legal de Protección señaló en su interrogatorio que no estuvo presente al momento del traslado, y como toda la información se dio verbal, no le consta si la misma fue clara, cierta, comprensible y oportuna, frente a las consecuencias y riesgos de la pensión del actor en cada régimen pensional.

Así las cosas, no queda otro camino que confirmar la ineficacia del traslado ordenado por la juez de primera instancia.

Frente al otro punto objeto de apelación, hay que decir que si bien la demandante para el 30 de octubre de 2019, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con 58 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 33 años (toda vez que nació el 28 de enero de 1961), y contaba con 12 años, 11 meses y 10 días, de servicios cotizados, según la historia laboral que reposa en el plenario (PDF 05); 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 del 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 Protección 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.

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 22 de diciembre de 1998, cuando tan solo tenía 37 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.

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, ordenó a la AFP Protección devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, ligados a la cuenta individual del demandante, debidamente indexados, 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 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 Protección 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 adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que la AFP Protección 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/o 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. 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".

En este punto, y frente al recurso de apelación interpuesto por la AFP Protección, debe decirse que no hay lugar a excluir de los valores ordenados devolver a Colpensiones, el relacionado con las comisiones por administración, pues la ineficacia del traslado de régimen pensional supone negarle efectos al mismo, como si dicho acto nunca hubiese ocurrido, por lo que ha de entenderse que el demandante nunca se cambió al régimen de ahorro individual, y en ese sentido, tal AFP está obligada a devolver, incluso, los gastos y comisiones de administración, con cargo a sus propias utilidades, ya que debieron ser recibidos por el ISS en su momento, hoy Colpensiones, "*pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones"* (CSJ SL4964-2018, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL3537-2021).

Así quedan resueltos tanto el recurso de apelación como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de Colpensiones, y el recurso presentado por la AFP Protección S.A.

Costas en esta instancia a cargo de Protección AFP por perder el recurso, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un SMLMV.

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: ADICIONAR la sentencia de fecha 14 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de Mario Orlando Maldonado Pérez contra Colpensiones, Protección S.A., Provenir S.A., y Colfondos S.A., en el sentido de indicar que la AFP Protección deberá reintegrar a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, como los aportes y rendimientos financieros, 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 bonos pensionales, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de Protección AFP, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un SMLMV.

CUARTO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA
Magistrado

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA

Secretaria