

**TRIBUNAL SUPERIOR**  
**DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA**  
**SALA LABORAL**

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ STELLA ARIAS RIVERA  
CONTRA AFP PROTECCIÓN S.A., AFP PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES.  
Radicación No. 25899-31-05-001-**2019-00596**-01.

Bogotá D. C. veinte (20) de octubre 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 entidades demandadas contra la sentencia de fecha 18 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca.

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, Protección S.A. y Porvenir S.A. con el objeto que se declare la ineficacia del traslado que realizó del régimen de prima media al de ahorro individual, y que tiene derecho a recuperar el régimen de prima media administrado por Colpensiones; en consecuencia, se ordene a Protección S.A. devolver a Colpensiones los correspondientes conceptos, así como los intereses moratorios e indexación, y el pago de costas; subsidiariamente, solicita se declare la nulidad del traslado de régimen de ahorro individual que efectuó el 1º de agosto de 2001, y que tiene derecho a recuperar el régimen de prima media, con el pago de los debidos conceptos. La demanda se presentó el 19 de diciembre de 2019 (pág. 1-41 PDF 01).

- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que nació el 24 de marzo de 1963; que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Protección el 1º agosto de 2001; que dicha AFP *"a través de sus representantes y promotores 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, ni comparado las secuencias positivas o negativas de las consecuencias de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliada"*, ni le entregó *"proyección, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en los regímenes pensionales existentes actualmente"*, como tampoco le informó hasta qué edad debía cotizar en el fondo privado y con qué salarios para alcanzar una pensión de vejez igual o equivalente a la que recibiría en Colpensiones, o cuál era el capital que debía ahorrar para obtener una pensión equivalente al salario mínimo; agrega que la AFP no le dijo que el hecho 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"*, por lo que en ese orden la AFP omitió ilustrarla sobre los aspectos relevantes de su futuro pensional, así como las *"características, condiciones, acceso, efectos y riesgos pensionales de la afiliación al régimen de prima media"*, y por el contrario, le indicaron 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"*, aunado que le dijeron que el *"ISS hoy Colpensiones iba a desaparecer, estando en riesgo los aportes realizados"*; sin embargo, la realidad es que si se hubiese mantenido en el régimen de prima media, el monto de la pensión a la fecha de cumplimiento de la edad sería de \$1.723.920, mientras que en el fondo privado su mesada tan solo ascendería a \$358.874; finalmente, señaló que solicitó la nulidad del traslado ante la AFP, pero esta no le dio respuesta.
- 3.** El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, mediante auto de fecha 6 de febrero de 2020 admitió la demanda contra Colpensiones y Porvenir S.A., ordenó la notificación de tales demandadas y dispuso vincular a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (pág. 140 PDF 01). Luego, con auto del 20 del mismo mes y año, adicionó el auto admisorio, en el sentido de incluir a la APF Protección como demandada (Pág. 142 PDF 01).

- 4.** Las diligencias de notificación se cumplieron así: de manera personal a la AFP Protección, el 30 de octubre de 2020; mediante aviso radicado en las oficinas de correspondencia de Colpensiones y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica, de fechas 9 y 19 de noviembre de 2020; y a Porvenir S.A., mediante correo electrónico de fecha 19 de noviembre de 2020 (págs. 162, 277-280 PDF 01).
- 5.** Protección S.A. dio contestación el 30 de octubre de 2020; se opuso a todas las pretensiones de la demanda; aceptó los hechos relacionados con la edad de la demandante, su afiliación a esa AFP, y la reclamación que hizo; respecto a los demás, manifestó que la actora suscribió solicitud de vinculación con esa AFP el 24 de agosto de 2010, con efectividad a partir del 1º de octubre de 2010, por traslado de la AFP Porvenir, *"y es así como el 31 de agosto de 2010 mi representada realiza proyección de la pensión en el régimen de Ahorro individual y en el régimen de prima media con prestación definida, que da cuenta que en el Rais a la edad de 57 años el valor de la mesada pensional sería de \$1.825.604.00 y en el RPM \$2.327.621., quedando plasmado en carta de validación de la asesoría firmada por la señora Luz Stella Arias Rivera de esta misma data (31 de agosto de 2010) "4. Traslado de AFP y le falta menos de 10 años para pensionarse: Usted acepta que NO podrá trasladarse al régimen de prima media, ya que la ley establece que cuando al afiliado le falten menos de 10 años para cumplir la edad de pensión NO podrá trasladarse de régimen"*; además, indica que sí dio respuesta a la petición de la demandante, y en la misma le informó que *"al encontrarse afiliada a PROTECCIÓN desde el 24 de agosto de 2010 y siendo su fecha de nacimiento el 24 de marzo de 1963, no cumple con los requisitos para realizar traslado a COLPENSIONES ya que está a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, 57 años mujeres y 62 hombres"*. Finalmente, propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP; buena fe por parte de AFP Protección S.A.; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; prescripción; y la genérica (pág. 163-180 PDF 01).
- 6.** Colpensiones allegó escrito de contestación el 25 de noviembre de 2020; se opuso igualmente a todas las pretensiones de la demanda; aceptó la edad de la demandante y el traslado al régimen de ahorro individual de fecha 1º de agosto de 2001; frente a los demás hechos señaló no constarle los

mismos, por ser hechos ajenos a Colpensiones, ni haber estado presente en la vinculación que hizo la actora 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. 217-253 PDF 01).

**7.** La AFP Porvenir S.A., por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda el 12 de enero 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 de un lado, la vinculación de la demandante se dio a Porvenir S.A. el 1º de septiembre de 2001, y en atención a ese traslado, *“suministró a la demandante información completa, clara veraz y oportuna (...). La cual, tuvo como propósito brindarle al demandante información tendiente a que tuviera elementos de juicio suficientes para tomar la decisión de realizar traslado horizontal, tal como lo estipuló el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993”*; agregó que para la fecha de vinculación la actora tenía 33 años, por lo que tal AFP *“no podía conocer cuál sería el monto de la pensión, dado que se desconocía el flujo de cotizaciones y las variables económicas del momento en que se solicitó la pensión”*; además, señala que dio respuesta al derecho de petición de la demandante, y que su vinculación con esa AFP se dio hasta el 30 de octubre de 2010. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (pág. 282-314 PDF 01).

**8.** Con auto del 29 de abril de 2021 se tuvo por contestada la demanda por parte de Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones, señalando como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 18 de agosto de 2021 (pág. 44 PDF 01); diligencia que se realizó ese día (PDF 08), y seguidamente se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento.

**9.** El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca en sentencia proferida el 18 de agosto de 2021, declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media que efectuó la demandante el 30 de julio de 2001 a la AFP Porvenir; ordenó a esta AFP *“reconocer los gastos de administracion (sic) causados durante el tiempo que la aquí demandante estuvo afiliada con esta administradora de regimen (sic) de ahorro individual de manera indexada a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones”*; ordenó a la AFP Protección

restituir a Colpensiones, los aportes a pensión, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, de manera indexada; y absolvió a las demandadas de las demás súplicas de la demanda (PDF 11).

**10.** Frente a la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación, así:

La AFP **Protección S.A.**, presentó recurso parcial, y solicitó se *“revoque la sentencia en el sentido de revocar la condena a mi representada de devolver los dineros cobrados por concepto de gastos de administración, y el pago de las pólizas de los seguros previsionales contratados por mí prohijada, pues es importante indicar que resulta totalmente improcedente la devolución de esta suma de dinero toda vez que esta orden proferida por el a quo va en contra de lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003 en el artículo séptimo, que dispuso la procedencia del pago de gastos de administración en los que incurre un fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta ahorro individual de sus afiliados, desconoce en este caso el fallador de primera instancia el principio de igualdad que debe existir entre las partes, toda vez que en la sentencia se concede a la demandante la devolución de los dineros pagados por concepto de gastos de administración y adicionalmente los rendimientos que se generaron, olvidando por completo la gestión profesional realizada por el fondo para que dichos recursos crecieran exponencialmente, y pues evidentemente esto denota una situación que perjudica a mi representada, téngase en cuenta su señoría que no se puede desconocer el trabajo del fondo porque sin él no hubiesen frutos o rendimientos que reclamar y que también ordenaron pues consignarse a favor de la codemandada, en este orden de ideas y como quiera que la tarea de generar rendimientos no puede hacerse a título gratuito, máxime cuando mi representada sí tuvo que sufragar los costos que por concepto de honorarios tuvo que cancelar a los funcionarios que hicieron posible realizar, digamos, o la obtención de estos rendimientos, realizando una buena tarea de la administración de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, pues no puede perderse de vista que haber permanecido vinculada al régimen de prima media esta también hubiera estado obligada a cancelar a Colpensiones los gastos de administración, por lo que confirmar la condena en este caso se estaría auspiciando un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante...”*

A su turno, la AFP **Porvenir S.A.** señaló que el recurso era *“de manera integral, apartándome pues de lo dispuesto, y para eso expongo los siguientes fundamentos, como primer argumento de mi recurso, respecto a la declaratoria de la ineficacia, pues vale la pena indicar que esta vinculación fue válida y eficaz, pues al momento que se vinculó para el año 2001 con mi representada, firmando para ello el respectivo formulario de afiliación, el cual era el único documento que se requería para la fecha, el deber de información pues si bien existió desde los inicios de las administradoras, pues dicho deber ha tenido un desarrollo legal como*

*jurisprudencial progresivo, incrementado pues a lo largo de los años, las obligaciones que son impuestas a las administradoras, sin embargo pues mi representada considera que no se realizó la debida interpretación de la norma aplicable a dicha data, pues respecto al momento histórico en que la demandante ejerció su derecho de libre elección conforme a la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 del mismo año, en su artículo 97 numeral primero, pues determina que debe señalarse pues características del régimen, pero sobre todo enfocado en impedir la coacción de escogencia del régimen, por lo que el deber es como, o las obligaciones que nacieron con posterioridad, pues a la fecha de afiliación pues en aras del principio de irretroactividad pues solo se exigía a las administradoras, porque pues nacieron con posterioridad a la afiliación del demandante, por lo anterior entonces pues solicito que por haber existido actos jurídicos que versaran por la voluntad de la demandante en acto de traslado, solicito se respete la voluntad de las partes, y que se le de el valor probatorio que merece este formulario de afiliación que la actora suscribió, para que demuestre el cumplimiento de los requisitos vigentes para dicho momento, y la voluntad expresa de la afiliada, pues que ella entendía que este acto jurídico de traslado era vital para su pensión, para su futuro pensional, y pues ella se sometía a las condiciones del régimen para dicho momento, o para las condiciones durante el tiempo de su vinculación, la juez de primera instancia dice no se cuenta con las pruebas de la asesoría que se haya realizado, pues la debida asesoría conforme a los parámetros que pues ha venido señalando la Corte Suprema, pero téngase que es una situación que no estaba reglada para el año 2001, es decir, no se había consolidado este deber de información, y no existían obligaciones del deber de información que hoy sí son exigibles, además que pues estas asesorías eran de manera verbal, por lo que insisto, la única prueba para el cumplimiento y la única que era exigible pues es el formulario de afiliación, ahora bien, el hecho de que para el momento de la asesoría no se hayan advertido posibles consecuencias con ocasión al traslado, pues no implica entonces que se haya vulnerado el derecho de información, pues se reitera, para dicha época no era posible determinar las consecuencias o unas desventajas frente a un derecho pensional que ni siquiera se tenía certeza a consolidarse, por tanto, conforme a este fallo pues se está imponiendo un imposible jurídico a las administradoras, a mi representada, por cuanto se exige que se demuestre el cumplimiento de la debida asesoría pero para eso pues exige probar tal asesoría, desconociendo el documento del formulario afiliación, siendo pues este la prueba de que sí se brindó, y pues siendo este el motivo de la vinculación de la actora, es decir, de que ella recibió la asesoría para ese momento, ratificando pues este acto pues con los años de cotización y con el traslado horizontal que realizó a la AFP Protección; ahora, entonces como segundo punto de mi recurso, respecto a la condena de devolver gastos de administración, considera mi representada que en virtud de las restituciones mutuas, pues resulta contradictorio esta condena por cuanto se declara la ineficacia del traslado régimen pensional, y por lo tanto pues se pierden los efectos del traslado, y por esa situación se condena a los fondos a devolver también los conceptos de gastos de administración, sin embargo si fuera dejar sin efectos este acto jurídico del traslado, pues claramente la actora no tendría derecho pues a retornar con los rendimientos generados por las gestiones realizadas por la administradora por cumplimiento*

*del deber legal. y por lo tanto es contradictorio e injusto el trato diferenciado que se le da a los conceptos producto de la afiliación al RAIS, entonces en ese caso pues estamos en una circunstancia claramente que desconoce la igualdad y los efectos de la declaración de la ineficacia, aunado a ello, pues debe tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues establece cuáles son los aportes y a qué están destinados, en ese sentido si mi representada hizo alguna deducción por gastos de administración, seguros de la aseguradora, también de la garantía de la pensión mínima, durante el tiempo de la vinculación de la actora, 2001-2010, pues lo hizo amparada en la ley y cumplió con los presupuestos legales, y adicional pues de que hizo una correcta administración de los recursos que se vieron reflejados en los rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro y que también pues estos cuando fueron trasladados a Protección pues se trasladaron junto con estos, por lo anterior pues considero que este tipo de condena va en contra pues de la declaratoria pues de esta ineficacia.”*

Finalmente, **Colpensiones** manifestó: *“En primer lugar, se debe tener en cuenta que dentro del presente proceso no se probó en debida forma que existan causales de nulidad de conformidad a lo preceptuado en el artículo 1508 el Código Civil que dispone que los vicios del consentimiento son error, la fuerza y el dolo, tampoco estamos en el presente proceso frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil el cual establece que es nulo todo acto o contrato que le falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso, el consentimiento, pues la falta de información no es un vicio del consentimiento, y por ende, no puede declararse la ineficacia del régimen; respecto al tema de la carga de la prueba, se debe recalcar que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en Colpensiones, puesto que esta es la entidad que en los casos en que se declara la nulidad resulta más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación en el presente caso se hizo desde el año 2001, es decir que ha transcurrido aproximadamente 20 años a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, teniendo en cuenta que para la fecha en que ocurrió el traslado, no era obligatorio dejar un registro documental de lo mismo, por lo cual es completamente aplicable a estos casos en virtud del principio que reza que nadie está obligado a lo imposible, al haber fundado la actora en el hecho de haber sido engañada por unos asesores de los fondos privados a los cuales ha estado afiliada, de conformidad con lo establecido en el artículo 1516 del Código Civil, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, pues en el presente caso a eso centraron los hechos y las pretensiones de la demanda, se tiene que estas no están llamadas a prosperar puesto que carecen de las exigencias y rigurosidades que establece la ley para retornar del RAIS al RPM, y entendidas estas más allá del capricho del legislador debe precisar que son de estricto cumplimiento y al realizar un análisis acucioso de dichos elementos tanto fácticos como probatorios, no nace bajo ningún escenario de este derecho a la parte demandante; también debe tenerse muy en cuenta que la demandante haciendo uso del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 escogió por su propia voluntad el régimen al cual quería estar afiliada; asimismo para la fecha en la cual solicitó a*

*Colpensiones su traslado, se encontraba ya dentro de una prohibición legal conforme el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 3 de la Ley 100 del 93 que reza, después de un año de vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o más (sic) para cumplir la edad para tener el derecho a la pensión, se reitera, en el presente proceso la demandante cuando solicitó su traslado hacia Colpensiones ya contaba con 56 años; finalmente, se evidencia que en un traslado de régimen por fuera de los parámetros legales, esto es dentro de los 10 años de la prohibición legal, genera una grave afectación al patrimonio público y al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues conlleva una carga económica por parte del régimen de prima media para pagar las pensiones a su cargo...”*

- 11.** El expediente digital se recibió en esta Corporación el 26 de agosto de 2021, y luego de efectuado su reparto, con auto del 30 de agosto de 2021 se admitieron los recursos de apelación.
- 12.** 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 6 de septiembre de 2021 se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual todos los allegaron.

**Protección S.A.**, solicita se absuelva a la entidad de la devolución de gastos de administración, por cuanto esa orden contraría lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, y, además, porque no se puede desconocer el trabajo de la AFP, que generó frutos o rendimientos, y esa *“tarea de generar rendimientos no puede hacerse a título gratuito, máxime cuando mi representada tuvo que sufragar los costos que por concepto de honorarios se le cancelaron a los funcionarios que hicieron lo posible por realizar una buena administración de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada y es que no se puede perder de vista que de haber permanecido vinculada la misma al régimen de prima media, ésta se encontraba obligada también de cancelar a COLPENSIONES unos gastos de administración, por lo que de confirmar esta condena, se estaría auspiciando un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante”*.

**Colpensiones** reiteró lo dicho en su recurso frente a la prohibición legal existente para la fecha en que la demandante solicitó el traslado al RPM, pues para ese momento tenía más de 50 años de edad; reiteró la inexistencia de vicios del consentimiento en el traslado de régimen efectuado por la actora en 1997, y que dichos vicios no se alegaron dentro del plazo de ley; señaló que la carga de la prueba para acreditar esos vicios en el consentimiento no pueden recaer en Colpensiones; dice que el deber de información solo se materializó y se exigió a partir de la expedición de la

Ley 1748 de 2014, y por ello, antes de esa fecha solo se exigía el consentimiento vertido en el formulario de afiliación; señaló que declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados; finalmente, solicita que en caso de confirmarse la sentencia, se condicione su cumplimiento por parte de 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 demás a que hubiera lugar, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliado al fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos”*, y que no se condene en costas.

La **AFP Porvenir S.A.**, allegó escrito de alegaciones en el que solicitó la revocatoria de la sentencia; y manifestó básicamente, que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, y que dicho documento es prueba de la libertad de afiliación, y reviste de total validez, *“en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento”*; dice que ordenar la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, pues dichas sumas, tienen una destinación específica por mandato legal, y en ese orden, las mismas fueron invertidas, y lo mismo ocurría con las *“primas de los seguros previsionales”*, ya que *“no puede desconocerse que dichos conceptos fueron trasladados a la compañía aseguradora con la que se contrató la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las derivadas de invalidez y sobrevivencia, y cuyo objetivo se cumplió, pues la cobertura de la compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo, por ser material y jurídicamente imposible”*; agrega que la actora voluntariamente decidió quedarse en el RAIS e incluso realizó traslados horizontales entre Porvenir y protección, lo que es *“una clara demostración de que ésta conocía el funcionamiento del régimen y de las implicaciones que traía continuar allí”*.

Finalmente, la **demandante** reiteró lo dicho en la demanda; agregó que la carga de la prueba recae en las AFP y son ellas las que debían demostrar que dieron suficiente y adecuada información a demandante para tomar la

decisión del traslado, lo que no cumplieron en este caso, y por esa razón no puede hablarse de un traslado libre y voluntario, y menos entender que esa obligación se cumplió con la sola firma del formulario de vinculación.

### **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 surtir el grado de consulta en favor del COLPENSIONES como lo ordena el artículo 69 del CPTSS, toda vez que se trata de una entidad pública descentralizada de la que la Nación es garante, y en ese sentido, se revisarán las condenas impuestas 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 los gastos de administración.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que la actora nació el 24 de marzo de 1963 por lo que a la fecha tiene 58 años de edad; que no se encuentra pensionada; que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, desde febrero de 1989; que suscribió el formulario de traslado al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 30 de julio de 2001 (pág. 63 PDF 01); luego, el 24 de agosto de 2010 se trasladó a la AFP Protección (pág. 181-182 PDF 01); que a la fecha cuenta un total de 1373.57 semanas de cotización; y según la proyección realizada por Protección S.A. de fecha 31 de agosto de 2010, tenía derecho a pensionarse en el RAIS, a la edad de los 57 años, con una mesada pensional de \$1.825.604, y en el RPM a esa misma edad, pero con una mesada de \$2.327.621, y le aclara que “no puede trasladarse al Régimen de Prima Media”. Lo anterior, por cuanto, 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 los términos del artículo 1604 la prueba de la diligencia y cuidado corresponde a quién debió emplearlo, lo que no se satisface solo con la suscripción de documento (...) sino con las evidencias realmente de una asesoría suficiente, eso entonces debe tenerse en cuenta acá, y en el presente caso no está demostrado que a la aquí demandante se le hubiese dado una información clara, comprensible y suficiente, al momento en que se produce el traslado o el cambio de régimen, básicamente debe darse o debió haberse acreditado acá por parte de las administradoras en este caso de Porvenir, que es a donde se hace el primer traslado, efectivamente el único traslado, porque el otro es traslado entre administradoras del régimen de ahorro, no está acreditado una alimentación de beneficios, una orientación del monto de la pensión, no es acreditado que se le haya dado a aquí demandante información sobre la implicación o conveniencia o no, de la eventual decisión en ese momento de trasladarse del régimen de prima media al de ahorro individual (...) si bien acá Protección brindó una carta de asesoría que se encuentran en el folio 183, es claro acá que dicha carta trae una proyección de la mesada pensional básicamente una proyección de la mesada pensional que no se compadece evidentemente con el monto de la pensión que hubiese obtenido por el régimen de prima media, ahora bien, (...) aunque obra un formulario que se llama carta de validación de la asesoría, pasa entonces el despacho a entender acá que se trata de una carta de validación de asesoría con una forma preimpresa que prácticamente ya estaba o indicaba al frente para que se marcara con una x, sin que evidentemente el despacho pueda darse cuenta que dicho formulario o esa forma preimpresa realmente constituye una información suficiente y una asesoría suficiente, respecto de aquí demandante.”* *“Entonces qué ocurre, acá el despacho evidencia que no hubo una suficiente asesoría, (...), implica entonces acá el deber de información de los fondos (...) en la descripción de las características, condiciones, acceso, servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer la lógica lo que implica con un parangón de características de ventajas, desventajas, y tiene que ser una información de carácter objetivo, claro es que en el presente caso también debe tenerse en cuenta que la Ley 1328 del año 2009 en su artículo 3º dispone como la inversión de la carga de la prueba del consumidor financiero, eso quiere decir prácticamente que la información que tiene el ente, en este caso del ente financiero, los fondos, debe ser absolutamente transparente, lo que implica dar a conocer la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar lo malo o parcializar lo neutro, esto lleva entonces necesariamente a tener en cuenta que no haber tenido una información suficiente, forzoso es de concluir que debe de declararse la ineficacia del traslado.”*

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 2001, 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, 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 de Porvenir S.A., y en ese orden absolverlas de las pretensiones de la demanda, sin que tampoco pueda entenderse que la actora al efectuar sus aportes al régimen de ahorro individual con solidaridad y al efectuar el traslado a la AFP Protección en el 2010, convalidó la omisión de la AFP Porvenir, como esta lo indicó en su recurso.

Por lo tanto, observa la Sala que en el caso concreto no se cumplen tales presupuestos fijados por la jurisprudencia laboral, pues dentro del plenario no reposa prueba alguna que permita afirmar que la demandante antes de la firma del formulario de traslado a la AFP Porvenir, el 30 de julio de 2001, 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 la actora a favor de la AFP Porvenir dicho día, 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 lo ha explicado la jurisprudencia laboral, a la que este Tribunal de pliega.

Además, en el traslado que efectuó la actora entre la AFP Porvenir a Protección S.A. en 2010, tampoco se allegó prueba adicional a formularios preimpresos, uno de traslado, que consigna en términos generales las mismas constancias de que esa vinculación la realizó la demandante "en forma libre, espontánea y sin presiones", y otro denominado "Carta de validación de la Asesoría", en el que se marcó con una "X" la casilla que hace referencia a que "acepta que NO podrá trasladarse al régimen de prima media, ya que la ley establece que cuando al afiliado le falten menos de 10 años para cumplir la edad de pensión NO podrá trasladarse de régimen", sin que con ello se acredite el cumplimiento del deber de información que recae sobre las AFP, como ya se dijo ampliamente.

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

Ahora, conviene precisar que como en este caso se decretó la ineficacia del despido, más no de la nulidad del acto por vicios del consentimiento, como equívocamente lo entiende Colpensiones, no hay lugar a resolver lo atinente al

recurso de esta entidad, frente a que la demandante debió demostrar dichos vicios de consentimiento. Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL4360 de 2019 reiterada en SL 4161 de 2020, señaló lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*«engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.*

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

*Ahora bien, no niega la Corte que en determinados casos el traslado pueda estar afectado o menguado en sus efectos por otras vicisitudes que lo golpean. Por ejemplo, cuando el afiliado no presta su consentimiento o el acto carece por completo de voluntad, en cuyo caso el asunto debe abordarse desde el campo de la inexistencia. Lo que quiere recalcar es que cuando la alegación sea la falta de información (lo cual significa que el acto existe y cumple los requisitos formales de validez), el asunto debe abordarse bajo el prisma de la ineficacia”.*

Frente al otro punto objeto de apelación, hay que decir que si bien la demandante para el 18 de diciembre de 2019, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con 56 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, y 5 años de servicios cotizados al ISS, de todas formas, es la misma jurisprudencia laboral la que ha determinado que cuando se configura la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento del deber de información, como aquí sucede, no se requiere contar “*con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP*”, pues lo que realmente interesa en estos asuntos es que las administradoras de fondos de pensiones suministren “*al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional (...) sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo*” (Sentencia CST SL1452 de 2019), por lo que en nada interfiere la edad de la aquí demandante cuando solicitó el retorno

al régimen de prima media con prestación definida, motivado en la ineficacia del traslado ya mencionado, pues, se reitera, aquí no se demostró que la AFP 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 la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, lo que ocurrió el 30 de julio de 2001, cuando tan solo tenía 38 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 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 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 igualmente reintegrará a Colpensiones no solo los valores ordenados por la juez, frente al capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, 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 las AFP, debe decirse que no hay lugar a excluir de los valores que se ordena devolver a Colpensiones, los relacionados con los gastos por administración a cargo de ambas administradoras, 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).

Ahora, en lo que tiene que ver con la devolución del *“pago de las pólizas de los seguros previsionales contratados”* por Protección S.A., como lo solicitó en su recurso, resta por decir que la sentencia de primera instancia no impuso condena alguna al respecto, como tampoco se hace en esta oportunidad, por no que no hay lugar a resolver dicho punto de inconformidad, máxime cuando al plenario no se allegó prueba de dichos pagos efectuados por dicha AFP a favor de la demandante.

Finalmente, no hay lugar a condicionar el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones a que la AFP realice previamente la devolución de la totalidad de las sumas aquí ordenadas, pues la sentencia apelada y consultada, no le impuso a Colpensiones carga diferente a la de 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, y los recursos interpuestos por las AFP Porvenir y Protección.

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir y Protección por perder los recursos, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un SMLMV a cargo de cada entidad.

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 18 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de Luz Stella Arias Rivera contra Colpensiones, Provenir S.A. y Protección S.A., en el sentido de indicar que esta última AFP 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 Porvenir SA y Protección SA, como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un SMLMV a cargo de cada entidad.

**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

*(Con permiso legalmente concedido)*

**MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN**

Magistrada

**SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA**

Secretaria