

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

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

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OLGA LUCÍA RODRÍGUEZ ARÉVALO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A. Radicación No. 25899-31-05-001-**2019-00412**-01.

Bogotá D. C. diecisiete (17) de noviembre 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 los apoderados de las entidades demandadas, contra la sentencia de fecha 14 de septiembre 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 y Porvenir S.A. con el objeto que se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media al de ahorro individual y, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. restituir a Colpensiones "*los valores obtenidos en virtud de la vinculación (...), como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubiesen causado y los gastos de administración*"; y en ese orden, condenar a Colpensiones admitirla como afiliada y "*recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas (...) en el régimen de ahorro individual*", se ordene la actualización de las anteriores sumas, y al pago de costas. La demanda se presentó el 12 de septiembre de 2019 (pág. 2-10 PDF 01).
- 2.** Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que nació el 23 de agosto de 1967, por lo que en la actualidad tiene 52 años de edad,

que efectuó cotizaciones al Régimen de Prima Media con Prestación Definida del ISS desde el 13 de febrero de 1986 hasta el 30 de septiembre de 1997, y el 1º de octubre de 1997 suscribió formulario de afiliación a Protección S.A., y el 1º de junio de 2003 se trasladó a la AFP Porvenir S.A.; pues los asesores de tales AFP ejercieron un *"acoso sistemático, ofreciéndole beneficios superiores a los que podía obtener con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al momento de pensionarse"*; y le indicaron que *"trasladándose al fondo privado de pensiones, tendría una cuenta de pensión mucho mejor que la que le llegaría a reconocer el SEGURO SOCIAL, además que este se iba a quebrar y por el contrario la entidad PORVENIR S.A. era una empresa seria y no tendría ningún problema al momento de reclamar su pensión"*, sin que le explicaran *"las condiciones y requisitos exigidos en el régimen de ahorro individual para que (...) pudiera acceder a una prestación para la protección de su vejez"*, ni le informaron que *"el monto su pensión dependería del ahorro de su cuenta individual y no de la cantidad de semanas y del promedio salarial"*, como tampoco le indicaron *"las ventajas y desventajas en su caso particular, todo lo contrario, lo hizo en grupo a personas que tenían diferentes salarios y diferentes cargos"*; de otro lado, refiere que a la fecha cuenta con un total de 1.407 semanas cotizadas, y de acuerdo con la simulación pensional realizada por Porvenir S.A., de fecha 11 de julio de 2019, le calculó que recibiría una mesada pensional por la suma de \$1.253.200, sin embargo, en el régimen de prima media, en atención a los salarios reportados en los últimos 10 años, su pensión la recibiría en cuantía mensual de \$2.978.000, con lo que denota en el futuro, un alto perjuicio económico; agrega que presentó derechos de petición ante las entidades demandadas, en los que solicitó la nulidad del traslado de régimen, lo que hizo los días 31 de julio y 9 de agosto de 2019, sin embargo, Porvenir en respuesta del 28 de agosto de 2019, señaló que *"fue libre escogencia de la afiliada"*.

- 3.** El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, mediante auto de fecha 7 de noviembre de 2019 admitió la demanda, ordenó la notificación de las demandadas y dispuso vincular a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (pág. 58 PDF 01).
- 4.** Las diligencias de notificación se cumplieron mediante aviso radicado en las oficinas de correspondencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica y Colpensiones, de fechas 17 de diciembre de 2019 y 31 de enero de 2020, respectivamente (págs. 222-223 PDF 01); y de manera personal a Porvenir S.A., el 24 de febrero de 2020 (pág. 101); y a Protección S.A., el 31 de julio de 2020 (pág. 181 PDF 01).

**5.** Colpensiones allegó escrito de contestación el 21 de febrero de 2020; se opuso a todas las pretensiones de la demanda; aceptó la edad de la demandante, las cotizaciones efectuadas al ISS en las fechas indicadas en la demanda, la afiliación al régimen de ahorro individual y su consecuente traslado de régimen en el año de 1997; que a esa fecha la actora tenía 1.407 semanas cotizadas; y la solicitud elevada ante Colpensiones; frente a los demás hechos señaló no constarle los mismos, por ser hechos ajenos a la entidad, ni estuvo 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. 61-93 PDF 01).

**6.** La AFP Porvenir S.A., por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda el 6 de marzo de 2020; 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 de la parte demandante con un tercero; frente al formulario de vinculación al RAIS dice atenerse a lo allí expuesto, máxime cuando el mismo lo suscribió la demandante de manera libre e informada, después de haber sido debidamente asesorada; que dicho documento es público por lo que se presume auténtico, y en el mismo la actora manifestó *“...he sido asesorado suficientemente acerca del significado e implicaciones del régimen de transición del cual son beneficiarios las personas que al 01 de abril de 1994 tuvieron 35 o más años (mujeres), o 40 o más años (hombres), o 15 o más años de servicios cotizados. (...), hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del Régimen de Ahorro Individual habiendo sido asesorado además sobre todos los aspectos propios de este régimen (...), así mismo, selecciono a Porvenir para que sea la única que administre mis aportes pensionales, habiendo sido informado en forma previa el derecho que me asiste de retractarme de mi decisión dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud...”*; refiere que las condiciones de afiliación, traslado, cotizaciones y reconocimiento de prestaciones están definidas en la ley, y que la actora pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; agrega que según la Circular 019 de 1998, la única exigencia era que para el traslado de régimen el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario de vinculación. Propuso

en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (pág. 121-151 PDF 01).

- 7.** Protección S.A. dio contestación el 14 de agosto 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 el 9 de septiembre de 1997, y la reclamación que hizo; respecto a los demás, manifestó que la solicitud de vinculación tenía como fecha de efectividad el 1º de octubre de 1997, que la misma se suscribió *"de manera libre y voluntaria (...), una vez los asesores le brindaron asesoría clara, precisa y de fondo respecto a las características, ventajas y desventajas al realizar el cambio de régimen pensional"*, con total profesionalismo y transparencia. Finalmente, propuso en su defensa las excepciones denominadas: 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 capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección SA; 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. 195-208 PDF 01).
- 8.** Con auto del 22 de octubre de 2020 se tuvo por contestada la demanda por parte de Porvenir S.A. y Protección S.A. (pág. 219 PDF 01), y el 6 de mayo de 2021 por Colpensiones; señalándose como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, el 14 de septiembre de 2021 (pág. 267 PDF 01); diligencia que se realizó ese día (PDF 08), y seguidamente, el juzgado se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento.
- 9.** El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca en sentencia proferida el 14 de septiembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media que efectuó la demandante el 9 de septiembre de 1997; ordenó a la AFP Protección devolver los gastos de administración a Colpensiones; ordenó a la AFP Porvenir restituir a Colpensiones, los aportes a pensión, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración; y finalmente, ordenó a Colpensiones recibir como afiliada a la demandante (PDF 11).

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

La AFP **Porvenir S.A.** señaló *“En el asunto que nos ocupa no existió ninguna ausencia de información o una falta del deber de información por parte de mi representada, tampoco existió ningún tipo de vicio del consentimiento que dé lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado realizado, es importante resaltar que la decisión adoptada resulta contraria al principio de seguridad jurídica, memórese que este señala que aquí no se puede alterar en forma súbita las reglas de juego que regulan las relaciones entre el Estado y los particulares, tal como la Corte Constitucional lo explicó ampliamente en sentencia C131-2004 esto sucede en este caso pues que la juez de instancia al tomar el precedente señalado por la Corte Suprema de Justicia y lo dicho en su jurisprudencia, le viene restando valor probatorio al formulario de afiliación como prueba de la información que le fue brindada a la actora al momento de su afiliación, documento que según el artículo 11 del Decreto 692 del 94, constituía plena prueba tanto de la existencia como de la validez del acto de afiliación, junto con ello pues ha venido a exigir el aporte de una prueba que no existe, cuando es bien sabido que para la época en la que suscribe, o en la que se dio el primer traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, y la fecha en la que se dio el traslado con mi representada, no existía para las AFP la obligación de guardar prueba diferente al formulario de afiliación, esta circunstancia o esta postura de la jurisprudencia, ha venido a traer, a poner en una situación de desventaja considerable a las AFP, ya que se les está dejando al dicho de los actores y los procesos de ineficacia la prueba de esta circunstancia, o sea, ellos no han hecho ningún esfuerzo probatorio, en probar que no recibieron información, y se está dejando pues a mi representada sujeta a esta circunstancia, es así que con fundamento del principio de seguridad jurídica y conforme al formulario de afiliación válidamente incorporado como prueba, debe darse por acreditado el deber de brindar información que le asiste a mi representada, en tanto que para la época, como ya sé mencionó, los fondos no tenían la obligación de documentar las asesorías, en otros documentos diferentes al formulario, y en este caso la carga que ha venido a imponer la jurisprudencia, frente al aporte de documentos, resulta desmedida, haciendo necesario que la información suministrada por la AFP y sus asesorías, sean valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario; ahora, dentro de la providencia emitida por esta instancia se desconoció lo manifestado por la parte actora en el interrogatorio de parte frente al conocimiento aspectos básicos de funcionamiento de los dos regímenes pensionales y las condiciones de pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad, circunstancias que deben llevar a tener por acreditada el deber de brindar información que le asistía a mi representada; en tanto la jurisprudencia ha venido a señalar que para la época de la afiliación de la hoy actora nos encontramos, y como se dijo en la oportunidad correspondiente para rendir alegatos, esta era la etapa de la información y por ello lo indicado por la actora resulta suficiente para tener por acreditado el requisito exigido frente a mi representada. Frente a este punto solicito al despacho que si tenga en cuenta lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia*

*en sentencia SL2220 (sic) de fecha 25 de marzo 2020 emitida con ponencia de la doctora Ana María Muñoz Segura, en la que la Corte avaló una decisión del Tribunal Superior de Bogotá en la que los múltiples traslados y el hecho de haber realizado cotizaciones constantes por un período largo como ocurre en este caso, sirvió para que se diera cuenta de pues la voluntad de permanencia del actor en el RAIS, lo que aquí ha ocurrido, y lleva a desvirtuar pues que no tenía conocimiento o que fue engañada para su permanencia en el RAIS. De otra parte, en lo que tiene que ver con los gastos de administración, debe tenerse en cuenta que el descuento que se realizaba frente a un 3% de la cotización de la actora obedecía a una expresa autorización señalada por el legislador en el artículo 20 de la Ley 100 del 93, es importante señalar también que dentro de la presente sentencia se declara la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad y de los traslados horizontales realizados; declaratoria pues que al arrimo de la ley y de lo señalado por la jurisprudencia, tendría como consecuencia el excluir todo efecto jurídico del acto contractual, pues en este caso del acto de afiliación; lógica frente a la cual pues resulta absolutamente contrario el que se obligue a mi representada restituir los gastos de administración que por expresa habilitación legal había deducido de las cotizaciones, cuando por otra parte la actora está habilitada para conservar los rendimientos financieros que se generaron sobre los aportes consignados y registrados en la cuenta de ahorro individual, pese a que pues estos rendimientos financieros bajo la declaratoria de ineficacia no tendría ni siquiera por qué existir, debido a que ella nunca estuvo afiliada al RAIS y es bien sabido que solo en este régimen pensional se generan este tipo de rendimientos, los que valga la pena aclarar, fueron generados dado a la buena gestión brindada por mi representada; en este caso se somete a Porvenir a soportar un detrimento patrimonial injustificado, generando un enriquecimiento sin causa de la demandante que estaría recibiendo unos rendimientos fruto de la buena gestión de la administración de esta AFP sin hacer algún reconocimiento por ese concepto, lo cual constituye un claro desmedro del patrimonio del fondo, una vulneración al derecho a la igualdad y un privilegio injustificado frente a una de las partes del contrato, lo cual da a concluir que el juez solo reconoce los efectos de la ineficacia frente a la actora pero no así frente a esta AFP, en igual sentido se pone de presente, que el traslado de recursos cuando existe un traslado entre regímenes pensionales, es un asunto que fue regulado por la ley, en el artículo 7° del Decreto 3935 del 2008, que establece como conceptos a trasladar en estos eventos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual, más los correspondientes rendimientos y los dineros destinados a garantizar la pensión de garantía mínima, sin que ninguna parte se haya mencionado los gastos de administración al corresponder al reconocimiento que recibió el fondo por la gestión de administración ejecutada sobre las sumas existentes en la cuenta de ahorro individual, lo cual vale la pena resaltar, resulta concordante con los recientes conceptos rendidos por la Superintendencia Financiera quien ha indicado que esos rubros no deben ser devueltos por el fondo, de igual manera, finalmente solicito al Honorable Tribunal, que en caso de mantener la condena en cuanto la devolución de gastos de administración, frente a dichos valores se aplique la prescripción de los mismos conforme se*

*desprende del artículo 1081 del Código de Comercio, su señoría bajo los tres argumentos expuestos dejo expuesto el recurso de apelación.”*

A su turno, la AFP **Protección S.A.** manifestó “...presento recurso apelación de manera parcial, para que el Tribunal Superior revoque la condena impuesta a mi representada en cuanto a la devolución de los gastos de administración, sustento este recurso en los siguientes aspectos, uno, los gastos de administración están contemplados en normas superiores, que impide pues que sean desconocidos toda vez que pues el artículo 20 de la Ley 100 indica claramente cuáles están estipulados, estos mismos gastos fueron ratificados por la Ley 797 de 2003, sumado a ello, desconoce la falladora de instancia el principio de las restituciones mutuas, y pues si ha de ordenarse la devolución de los gastos de administración, lo pertinente es que la señora Olga devolviera los rendimientos que generó mi prohijada durante la vigencia del contrato suscrito, también ha de tenerse en cuenta su señoría que las consideraciones que hace el a quo para devolver los gastos de administración, ella habla de la descapitalización del fondo común, no obstante, si en la devolución de gastos se hace bajo ese parámetro, lo que se está generando es un enriquecimiento sin causa a favor de una entidad pública como lo es Colpensiones, también hay que tener en cuenta que los gastos de administración no forman parte del dinero que sustenta o que va a sufragar una posible mesada pensional por parte de la actora, también, que los dineros de gastos de administración la norma los contempló y los dividió para sufragar tres aspectos fundamentales, uno, los seguros previsionales, dos, los seguros de invalidez, vejez y muerte, y tres, los gastos de administración que podría cobrar mi representada, en ese orden de ideas, más del 2% de los dos tercios de estos dineros, se destinaron a pagar pólizas de seguros que ordenaba la misma ley, razón por la cual es absolutamente imposible que se devuelva esa totalidad de los gastos de administración, entonces señores magistrados, si consideran confirmar la orden emitida en primera instancia debería únicamente devolverse el 1% que era el dinero que con el que se quedaba el fondo por su gestión, más no devolver los gastos de las aseguradoras porque son dineros causados que financiaban o protegían a la misma señora Olga de cualquier siniestro durante su afiliación sistema seguridad social; adicionalmente, esos mismos gastos de seguros están contemplados para el régimen de prima media, entonces pues no hay una lógica en la devolución de los gastos de la administración porque no se respeta el principio de restituciones mutuas y porque no se respeta lo contemplaban en norma superior.”

Finalmente, **Colpensiones** indicó que “En primer lugar, se debe tener en cuenta que al momento de la solicitud del retorno de la demandante al régimen de prima media, esto es, el 19 (sic) de julio del 2019, la demandante contaba con 58 (sic) años de edad, esto es, encontrándose dentro de una prohibición legal descrita en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 3 de la Ley 100 de 1993 donde se manifiesta que después de un año de vigencia de dicha ley el afiliado no podrá trasladarse el régimen cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión. En segundo lugar, debe

tenerse en cuenta que dentro del expediente no obra prueba alguna suficiente que demuestre que se presente algún vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, ahora bien, si nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho, este no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y los otros fondos demandados, con Porvenir o con Protección, por no tratarse de un error dirimente o de error de nulidad, que es aquel que por esencia afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o a su rescisión judicial, no obstante, la nulidad pretendía dentro del presente proceso no se alegó dentro del término que se refiere el artículo 1754 del CC, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión durará cuatro años, los cuales se contarán en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o el contrato y como en el presente caso se hizo en el mes de junio (sic) del año 1997 según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes de junio del año 2000. Como tercer punto de la apelación, nos debemos referir a la carga de la prueba, y cabe advertir que resulta desproporcional en el presente proceso, colocar la carga de la prueba en este caso en particular, sobre Colpensiones, en los casos en que se declara la nulidad o la ineficacia de los traslados, es la que resulta más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación como en el presente caso, se hizo desde junio (sic) del año 1997, esto es, queriendo decir que ha transcurrido más de 20 años a la fecha, configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, por lo cual es completamente aplicable a estos casos el principio que reza que nadie está obligado a lo imposible. Como cuarto punto de la presente apelación, se debe señalar el precedente de la Corte Suprema en donde se utiliza como norma para la aplicación del deber de información, el Decreto 663 de 1993, sin embargo, este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el reconocimiento libre y voluntario, sin presiones, e informado, y el asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigía nada diferente al documento de afiliación en donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, siendo el caso de la actora la cual suscribió el formulario como ya se indicó, desde el mes de junio (sic) del año 1997. Finalmente sobre la descapitalización del sistema se debe indicar o traer a colación la sentencia C 1024 de 2004, la SU 062 de 2010 y la SU 130 de 2013, de la Corte Constitucional en materia de traslado, donde se manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría; la declaración injustificada de ineficacia de traslado de un afiliado al régimen de prima media al 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; por todas las razones expuestas en precedencia solicito a los señores magistrados se revoque la presente

*providencia y en consecuencias se absuelva a Colpensiones de los cargos contra ella formulados.”*

**11.** Recibido el expediente digital en esta Corporación, con auto del 20 de septiembre de 2021 se admitieron los recursos de apelación; luego, con auto del 27 de septiembre de 2021 se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión; la parte demandante guardó silencio.

La AFP **Protección S.A.** ratificó lo dicho en su recurso de apelación; solicitó la revocatoria de la sentencia *“en el sentido de que se sirva absolver a mi representada de la devolución de gastos de administración y el pago de las pólizas de los seguros previsionales contratados por mi prohijada”*, por cuanto esa orden contraría lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, y desconoce el principio de igualdad que debe existir entre las partes, y, además, porque no se puede desconocer el trabajo de la AFP, que generó frutos o rendimientos.

La AFP **Porvenir S.A.**, allegó escrito de alegaciones en el que solicitó se revoque la decisión de la juez; manifestó que en este caso no se acreditaron los elementos establecidos en la norma para decretar la nulidad del acto jurídico de traslado, como tampoco la existencia de algún vicio en el consentimiento, y por ende, el acto jurídico es eficaz; agrega que *“el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo”*; dice que garantizó a la actora el derecho al retracto, la actora siempre permitió los descuentos de sus aportes pensionales y que recibió información suficiente; finalmente, reitera que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, según concepto emitido por la Superintendencia Financiera, máxime cuando se hallan prescritos.

**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 51 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 del 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.

### **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 los problemas jurídicos por resolver son analizar si en el caso concreto se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado de régimen como 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 solicita 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 la aquí demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación

definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, desde el 13 de febrero de 1986 (pág. 15); que suscribió el formulario de traslado a la AFP Porvenir el 9 de septiembre de 1997, posteriormente, el 30 de abril de 2003 se trasladó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (págs. 153 y 209 PDF 01); que a julio de 2019 contaba con 1407 semanas de cotización (pág. 18), y según proyección realizada por Porvenir S.A., tendría derecho a pensionarse, sin realizar más cotizaciones, cuando cumpla 57 años de edad, en cuantía de \$1.007.000 (pág. 25); y de otro lado, que la actora nació el 9 de mayo de 1969 por lo que a la fecha tiene 52 años (pág. 265); 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 la demandante, básicamente, porque tanto la AFP Protección, al momento del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, como la AFP Porvenir, para la época que la actora se trasladó de administradora, no demostraron que hubiesen dado una asesoría clara, completa y suficiente acerca de dicho acto jurídico, como tampoco *“se le hizo una proyección de su pensión a fin de que ella pudiera calcular o decidir realmente de manera informada si quería permanecer en el régimen de ahorro individual (...), la aquí demandante no tuvo la posibilidad de tener un conocimiento realmente o situaciones realmente informadas, respecto de las implicaciones que para ella tenía estar en ahorro individual, respecto del monto de su cotización, y lo que significaría en consecuencia calcular su pensión en uno u otro régimen”*, por lo que *“esas circunstancias hacen entonces que se presente acá una ineficacia del traslado que se produjo de régimen de prima media a ahorro individual, el 9 de septiembre del año 1997, cuando ella se traslada inicialmente a Protección, siendo este el único acto de cambio de régimen pues como indicó su traslado de Protección posteriormente a Porvenir corresponde a un traslado entre administradoras y no a un cambio de régimen”*. En consecuencia, declaró la ineficacia del traslado, ordenó a la AFP Porvenir devolver a Colpensiones los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, y a la AFP Protección, devolver los gastos de administración *“con el fin de que no se genere un desbalance en el sistema como una descapitalización del sistema”*; finalmente, señaló que no se configuraba la excepción de prescripción *“por tratarse de asuntos ligados al sistema de seguridad social de naturaleza irrenunciable”*.

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, siguiendo los parámetros en este aspecto.

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 1997, 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 la actora al efectuar sus aportes al régimen de ahorro individual con solidaridad convalidó la omisión de las AFP demandadas, como estas lo indicaron en sus alegatos de conclusión. Además, tampoco puede entenderse que de conformidad con la Circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, deba tenerse como única exigencia para la validez del traslado el régimen, la manifestación de voluntad vertida por el afiliado en el diligenciamiento del formulario, como ampliamente se expuso en la jurisprudencia en cita, máxime cuando dicha norma no había sido expedida para la fecha del traslado de la aquí demandante.

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 Protección, el 9 de septiembre de 1997, 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 Protección dicho día (pág. 209 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 el traslado que efectuó la actora entre la AFP Protección S.A. a Porvenir S.A. en el año 2003, tampoco se allegó prueba adicional al formulario de traslado preimpreso, que consigna en términos generales las mismas constancias de que esa vinculación la realizó la demandante "en forma libre, espontánea y sin presiones" (pág. 153), 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, máxime cuando la sentencia citada por la apoderada de la AFP Porvenir, esto es, la SL1120-2020, en nada cambia lo aquí dispuesto, pues en esa oportunidad la Corte se abstuvo de estudiar el asunto de fondo por cuanto el recurrente en casación no demostró los errores de hecho

atribuidos al juez de segunda instancia, en tanto no acreditó que tales yerros provinieran de falta de apreciación o apreciación errónea de las pruebas, como le correspondía, para que procediera el estudio de la legalidad de la sentencia.

Aunado a lo anterior, una vez escuchado con detenimiento el interrogatorio de parte de la demandante, tampoco advierte que ella conociera los "aspectos básicos de funcionamiento de los dos regímenes pensionales y las condiciones de pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad", como lo sostiene la apoderada de Porvenir S.A., pues incluso, la misma demandante en esa declaración fue insistente en decir que en las reuniones colectivas que se realizaron tanto para el traslado de régimen como para el cambio de administradora, lo único que les explicaron es que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que los fondos privados ofrecían mejores beneficios que el ISS, y que como la pensión dependía del capital ahorrado, la mesada pensional sería mucho mejor que la ofrecida por el ISS, y como ella para ese momento tenía un salario de 5 SMLMV, entonces entendía que su pensión sería igual a esa cuantía, pero, cuando solicitó la proyección de su pensión se dio cuenta que no era como lo habían dicho los fondos privados, ya que en realidad su pensión tan solo ascendería a un promedio de un salario mínimo; por lo que en ese orden, no puede entenderse que la demandante tuviese el conocimiento suficiente para efectuar dicho traslado de régimen, como lo ha indicado ampliamente la jurisprudencia.

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 término que tenía la demandante para interponer la acción de rescisión por vicios de nulidad, consagrada en el artículo 1750 del C.C., como esta entidad lo solicitó. Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL4360 de 2019 reiterada en SL 4161 de 2020, señaló lo siguiente:

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

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

*Un acto jurídico es inexistente cuando se ha celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exige para su formación (ad substantiam actus) o cuando falta alguno de sus elementos*

esenciales. El acto así formado carece de existencia ante el derecho o, dicho de otro modo, no tiene vida jurídica y, por tanto, no produce ningún efecto.

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

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

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

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa 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 31 de julio de 2019, cuando solicitó el traslado al régimen de prima media con prestación definida ante Colpensiones, contaba con 50 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 23 años (toda vez que nació el 9 de mayo de 1969), y solo contaba con 169 semanas de cotización ante el ISS, según la historia laboral que reposa en el plenario (pág. 15 PDF 01), 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 9 de septiembre de 1997, cuando tan solo tenía 28 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 claramente 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 Porvenir 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 Porvenir a Colpensiones debe ser plena y con efectos retroactivos, ya que los mismos serán utilizados por Colpensiones para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida, esta Sala adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que la AFP Porvenir 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 las AFP demandadas, debe decirse que no hay lugar a excluir de los valores ordenados devolver a Colpensiones, el relacionado con los gastos 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). Y por estas mismas razones, no hay lugar a decretar prescripción alguna por los gastos de administración, como lo pretende la AFP Protección, máxime cuando en tratándose de traslado de régimen pensional, al ser un aspecto intrínseco al derecho pensional, es imprescriptible; y además, porque en estos juicios lo que se pretende es comprobar la manera en que ocurrió un hecho o el reconocimiento de un estado jurídico, lo cual, es también imprescriptible, esto, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben (sentencia SL1689-2019).

Y aunque la AFP Porvenir refiere que la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto emitido en el año 2020 manifestó que en los casos de ineficacia del traslado de régimen, los únicos dineros que debían trasladarse con destino a Colpensiones son los concernientes a las cotizaciones y sus rendimientos, sin hacer mención a los gastos de administración, una vez revisada dicha documental, se advierte que tal entidad en respuesta a la petición general efectuada por Asofondos, frente a la devolución de aportes en casos de ineficacia de traslado, concluyó que si bien *“estima válido el tratamiento legal que se plantea en este interrogante”*, ello lo considera *“sin perjuicio de las decisiones adoptadas por los tribunales e inclusive por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre judicial, quienes cuentan las facultades legales para adoptar la posición que en derecho encuentren pertinente”* (pág. 170-176 PDF 01); por tanto, es evidente que dicho concepto no obliga a esta Sala a tomar una decisión como la allí planteada, máxime cuando la misma no tuvo en cuenta las particularidades de este caso concreto.

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 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 las aseguradoras 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 las AFP demandadas 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:**

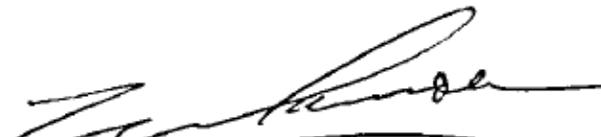
**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia de fecha 14 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de Olga Lucía Rodríguez Arévalo contra Colpensiones, Protección S.A. y Provenir S.A., en el sentido de indicar que la AFP Porvenir deberá reintegrar a Colpensiones no solo los valores existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante, como los aportes 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 las AFP demandadas, 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