



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA LABORAL.**

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ

Clase de proceso: Ordinario Laboral*

Radicación: 15001-31-05-004-2020-00167-01 (2022-1047)

De: CAROLINA LEAL JIMÉNEZ **contra** la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- y las ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, Y PROTECCIÓN S.A.

Proyecto discutido y aprobado según acta No. 1 – 012

Tunja, siete (7) de abril del año dos mil veintidós (2022)

ASUNTO

Decide la Sala el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la **DEMANDANTE, COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, contra la **sentencia** proferida el **6 de diciembre de 2021**, por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA, dentro del proceso de la referencia. Igualmente, por vía de **Consulta** la Sala examinará la sentencia adversa a COLPENSIONES.

SENTENCIA

Antecedentes relevantes:

CAROLINA LEAL JIMÉNEZ promovió demanda ordinaria contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, y las ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, Y PROTECCIÓN S.A para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado y la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, porque no fue informada idóneamente sobre los regímenes pensionales, las condiciones y efectos del traslado de régimen, y cumple los requisitos para que COLPENSIONES le reconozca la pensión de vejez.

Como consecuencia de esa declaratoria, solicitó que se condene a las Administradoras de Fondo de Pensiones demandadas a trasladar todos los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES y a ésta aceptarlos y reactivar su afiliación sin solución de continuidad desde el 16 de junio de 1987 y le reconozca la pensión de vejez conforme a lo previsto en el artículo 33 de la ley 100/93, el retroactivo pensional e intereses moratorios; que se condene *extra y ultra petita* conforme a lo que resulte probado a su favor, que se condene a las demandadas a pagar las costas del proceso.

Como hechos fundamento de sus pretensiones señaló que, nació el 6 de octubre de 1961. El 2 de febrero de 1988 se afilió al Instituto de Seguros Sociales. En el mes de febrero de 2000 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a la AFP PROTECCIÓN S.A. y el primero de mayo de 2001 se vinculó a la AFP PORVENIR S.A. sin que fuera ilustrada acerca del cambio de régimen y su incidencia en su mesada pensional la que sería inferior a la que recibiría en el ISS, porque no se le hizo una proyección que le permitiera contar con la información cierta y completa previa al traslado, indicándole que el ISS se iba a extinguir y no podría pensionarse. Actualmente tiene 61 años y cuenta con más de 1.500 semanas cotizadas, luego cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

El 19 de noviembre de 2019 solicitó a Porvenir la anulación de la afiliación y el mismo día radicó ante Colpensiones la activación de su afiliación y el reconocimiento de la pensión (archivo 01 digital).

Admitida la demanda¹ y notificada a la parte demandada la contestaron así:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a todas las pretensiones, señalando que el traslado de régimen que efectuó la demandante inicialmente a la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A. y después a Porvenir S.A., fue libre, sin vicios del consentimiento, se movilizó en el mismo régimen donde ha permanecido más de 25 años, incumpliendo su obligación como consumidor financiero del sistema general de pensiones, de informarse adecuadamente sobre los regímenes pensionales, cuyas condiciones están previstas en el artículo 59 y siguientes de la ley 100 de 1993.

Que en el año 2000 cuando la demandante efectuó el traslado de régimen no existía la obligación de brindar asesoría previa con proyecciones pensionales, esa obligación la dispuso el Decreto 2071 de 2015, no es beneficiaria del régimen de transición y está incurso en la prohibición que establece el artículo 2º de la ley 797 de 2003 para trasladarse al RPM. No intervino en el traslado de régimen de la demandante; que el Decreto 3800 de 2003 limitó el traslado cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir la edad de pensión.

Que, de ordenarse el traslado, éste debe cumplir lo dispuesto en el artículo 113 de la ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de fondo de: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Imposibilidad del traslado”, “Presunción de legalidad de los actos*

¹ Auto del 3 de septiembre de 2020 (archivo 04)

jurídicos”, “Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional”, “Enriquecimiento sin justa causa”, “Conmutación Pensional”, “Prescripción”, y otras (archivo 10, fls.1 a 18).

La Sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones, porque el traslado de la demandante al RAIS fue libre e informado sobre sus implicaciones, el funcionamiento del RAIS y condiciones pensionales, como consta en el formulario de vinculación, fue exento de vicios del consentimiento, no se retractó del cambio; por lo tanto, es válido.

Propuso como **excepciones de fondo las que denominó:** *“Prescripción”, “prescripción de la acción de nulidad”, “cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación” y “Buena fe* (archivo 27, fls. 1 a 25).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones, porque a la demandante le suministró información sobre el traslado de régimen conforme a las normas vigentes, y de manera libre y voluntaria optó por el cambio del cual no se retractó. Además, a la entidad no realizó traslado de régimen sino un tránsito automático entre AFP del RAIS, demostrando su conocimiento sobre el régimen en el cual buscó otras ofertas. Luego, el traslado de régimen que efectuó la demandante tiene plena validez.

Propuso como excepciones de fondo: *“Traslados de dinero de la cuenta de ahorro individual a PORVENIR”, “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”, “prescripción” y la “innominada o genérica”* (archivo 14, fls. 1 a 15).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA en audiencia virtual celebrada el 6 de diciembre de 2021, resolvió:

“PRIMERO. Declarar INEFICAZ el traslado y afiliación en pensiones que realizó CAROLINA LEAL JIMÉNEZ, identificada con cédula No. 39.689.399, del ISS, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. acorde con lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que la AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., deben trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, aportes, bonos pensionales, rendimientos, intereses, comisiones, sin lugar a descuentos por gastos de administración ni seguro previsional a favor de CAROLINA LEAL JIMÉNEZ, de tal manera que tenga la totalidad de los aportes, como si nunca se hubiere trasladado de régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a activar la afiliación de CAROLINA LEAL JIMÉNEZ, teniendo en cuenta las cotizaciones desde la fecha inicial de afiliación, del 02 de febrero de 1988.

CUARTO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A., para que en el término de un mes trasladen a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES las cotizaciones, aportes, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, correspondientes a CAROLINA LEAL JIMÉNEZ, sin lugar a descuentos por gastos de administración, de tal manera que tenga la totalidad de los aportes como si nunca se hubiere trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO. Reconocer la pensión de vejez a favor CAROLINA LEAL JIMÉNEZ a cargo de COLPENSIONES a partir del primero de enero del año 2021, de conformidad con lo establecido en el art 33 de la Ley 100 de 1993, mesada pensional que se liquida y corresponde a la suma de \$2.847.930 de acuerdo a la liquidación presentada dentro del presente proceso, debe cancelar el retroactivo y la inclusión en la nómina de pensionados, para tal efecto se le concede a COLPENSIONES el término de cuatro meses, contados a partir del momento en que se acredite la devolución de los aportes, rendimientos, y demás conceptos a cargo de PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.

SEXTO: Se condena en costas a la AFP PROTECCION S.A., PORVENIR S.A y Colpensiones, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.200.000 para cada una de las demandadas, como se señaló en la parte motiva.

SÉPTIMO: Se ordena la CONSULTA de esta decisión por mandato del Art. 69 del C.P.L. por cobijar a Colpensiones y en caso que no fuere apelada”.

RECURSO DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE**, solicitó que se modifique la sentencia y se le reconozca la pensión de vejez teniendo en cuenta las 1.625 semanas cotizadas y acreditadas dentro de la actuación, que no fueron objetadas dentro del trámite procesal, no las 1.538 que tomó el *a quo* para esos efectos y que influyen en el monto de la mesada pensional reconocida.

COLPENSIONES solicitó que se revoque y se nieguen las pretensiones de la demanda porque, la demandante esta incurso en la prohibición prevista en el artículo 2º de la ley 797 de 2003 para trasladarse al RPMPD.

Apeló el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante, porque existe controversia con respecto al número de semanas cotizadas que se deben tener en cuenta para la liquidación de la prestación y mientras no cuente con los recursos que trasladen las AFP demandadas.

Que, aunque la norma aplicable es el Decreto 663 de 1993 el único requisito para probar la información suministrada a la demandante al momento de su vinculación al RAIS es el formulario de afiliación; por lo tanto, no se les puede exigir a las administradoras soporte de la información suministrada, porque esa normativa no imponía otro requisito diferente al formulario de afiliación en el que constara la manifestación libre de la interesada de pertenecer al RAIS, lo cual se cumplió.

Señaló que la jurisprudencia relacionada con los traslados de régimen quiebra la lógica de las cargas probatorias, porque deduce una responsabilidad objetiva de las AFP al no exigirle a la demandante probar el supuesto de hecho que sustenta su pretensión, quien tenía el deber de asesorarse, que su vinculación al RAIS, durante tanto tiempo, indica su voluntad de permanencia en el mismo y la manera de desvirtuarlo es demostrando algún vicio del consentimiento, lo cual no ocurrió.

Solicitó que de confirmarse la sentencia se ordene la indexación de las condenas, para evitar la descapitalización del sistema pensional, que no se le condene en costas porque ha sido diligente dentro de la actuación procesal.

La demandada **PROTECCIÓN S.A**, apeló la condena a devolver los gastos de administración, porque cuando la demandante se trasladó a la AFP Porvenir reintegró todos los dineros que tenía en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos; además, estos no hacen parte del capital que va a financiarle la pensión, ni se cumpliría el principio de las restituciones mutuas porque la actora obtendría unos rendimientos sin costo por la gestión, están autorizados por la ley 100 de 1993 para la adquisición de los seguros previsionales y no están en su poder, lo que impide el reembolso.

PORVENIR S.A, apeló la sentencia porque la demandante se trasladó de manera voluntaria sin presiones e informada según las normas vigentes, las que no imponían asesoría escrita sobre cada uno de los regímenes, ni hacer proyecciones pensionales; luego, el traslado tiene plena validez.

Que la demandante aceptó que Colmena le suministró asesoría con cuadros comparativos, lo que indica que cumplió la obligación de suministrarle la información que le correspondía, así lo confirman sus traslados horizontales al interior del RAIS, que las prestaciones en uno y otro régimen no son comparables, sus condiciones y montos están establecidas en la ley

Solicitó que, se revoque la condena a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales porque están autorizados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, no financian la pensión de vejez, se utilizaron para la obtención de seguros para amparar los riesgos de invalidez o muerte de la demandante, lo cual se cumplió, lo que impide el reembolso.

ACTUACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

En esta instancia los apoderados de la demandante y Protección S.A. presentaron alegatos de conclusión, fuera de los términos establecidos en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y del acto que lo dispuso.

La AFP PORVENIR insistió en los argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación, para solicitar la revocatoria de la sentencia.

COLPENSIONES, reiteró su petición para que se revoque la sentencia reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en la sustentación del recurso.

A continuación, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Tunja, procede a resolver la alzada, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para resolver el recurso de apelación y la consulta de la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2021, la Sala examinará si procede la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado actualmente por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) que realizó la señora CAROLINA LEAL JIMÉNEZ a las Administradoras de Fondo de Pensiones y Cesantías, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. como se invocó en la demanda, y si cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante señaló que el nació el 6 de octubre de 1961, el 2 de febrero de 1988 se afilió al régimen de prima media con prestación definida, administrado por al Instituto de Seguros Sociales, régimen en el que acumuló 562 (sic) semanas de cotización. En febrero del año 2000 se trasladó

al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PROTECCIÓN S.A., actualmente está vinculada a PORVENIR S.A., sin que las AFP demandadas cumplieran el deber de informarla acerca de las condiciones, diferencias, ventajas, desventajas de cada régimen pensional, para que ilustrada de sus efectos adoptara la decisión de traslado. Tiene 61 años de edad y cuenta con más de 1.500 semanas cotizadas; luego cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Pretensión a la que se opusieron las demandadas señalando que la afiliación de la demandante al RAIS tiene plena validez, porque le suministraron la información conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993, vigente al momento del traslado, que admitir su retorno al RPM desconoce la prohibición del artículo 2° de la Ley 797 de 2003 que busca proteger la sostenibilidad financiera del sistema. Que el deber de información en los términos solicitados en la demanda se reglamentó después de la vinculación de la demandante al RAIS, quien incumplió su obligación de informarse, se movió al interior de este, ratificando su voluntad de permanencia, tampoco probó algún vicio en el consentimiento al efectuar el traslado.

Con respecto, a los regímenes pensionales objeto de la controversia, el artículo 12 de la ley 100 de 1993 establece que, el sistema de pensiones lo componen dos regímenes solidarios excluyentes, el Régimen solidario de prima media con prestación definida actualmente dirigido por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por los fondos privados, en este caso, por las AFP PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.

Y el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece que: *“la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado”*.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 12136 del 03 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, al referirse a la manifestación del afiliado al efectuar el traslado señaló:

“A juicio de esta Sala no podría argüirse 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.

Solo a través de la demostración de la existencia de la libertad informada para el cambio de régimen, es que el juzgador podría avalar su transición; no se trata de demostrar razones para verificar sobre la anulación por distintas causas fácticas, sino de determinar si hubo eficacia en el traslado, lo que es relevante para entrar a fijar la pérdida o no de la transición normativa. Al juzgador no le debe bastar con advertir que existió un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, sino que es menester, para la solución, advertir que la misma es válida, lo cual resulta un presupuesto obvio, máxime cuando esta Sala ha sostenido que el régimen de transición no es una mera expectativa.”

(...)

Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que la libertad en la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado; en materia de seguridad social, el juez no puede ignorar que, por la trascendencia de los derechos pensionales, la información, en este caso, del traslado de régimen, debe ser de transparencia máxima.”

En el mismo sentido en la sentencia SL17595 del 18 de octubre de 2017, M.P. Fernando Castillo Cadena señaló:

“Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir 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”. SE RESALTA

Ese criterio lo reiteró la misma Corporación en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL2817-2019, SL4360-2019, entre otras.

A partir de esos referentes normativos y jurisprudenciales, es claro que, a las AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A, demandadas en este proceso, les correspondía desde su creación, como se infiere del artículo 97-1 del Decreto 663 de 1993, demostrar que en efecto, le proporcionaron a la demandante la información completa e inteligible, técnica y adecuada no solo acerca de las etapas del proceso, las condiciones y los efectos de la elección del régimen pensional, sino además el monto de la pensión proyectada en cada uno de los regímenes, la divergencia en el pago de los aportes a realizar con las implicaciones acerca de la ventaja o no de la decisión, como la declaración libre acerca de la aceptación de esa situación. Sólo el cumplimiento de esas medidas fundamentales, permiten deducir si en efecto el traslado cumplió con los mínimos de transparencia y lealtad.

Sin embargo, las AFP demandadas no cumplieron esa carga probatoria; pues la documental aportada con la demanda (archivo 01, fls. 19 a 39 y 104 a 123), como por Colpensiones (archivo 10, fls. 19 a 24 y 11 carpeta administrativa), Protección S.A. (archivo 14, fls. 16 a 34); y Porvenir S.A (archivo 27, fls. 27 a 69) lo único que muestra es que, aunque la señora CAROLINA LEAL JIMÉNEZ aparece afiliada al Instituto de Seguros Sociales con fecha 24 de enero de 1995, pero empezó a efectuar cotizaciones el **2 de febrero de 1988**, contabilizando 469.86 semanas hasta el 31 de enero de 2000 (archivo 10, fls. 19).

El **primero de enero de 2000** con efectos a partir del primero de marzo del mismo año, se trasladó a COLMENA (hoy Protección S.A.), el primero de abril de 2000 se movilizó a ING por cesión por fusión (hoy Protección S.A.) y el **primero de mayo de 2001**, con efectos a partir del mes de julio del mismo año se movilizó a PORVENIR S.A., aspectos que confirma el reporte del SIAFP (archivo 27, fl. 57), los formularios de afiliación (archivo 14, fl. 16 y archivo 27, fl. 51) y las historias laborales del Régimen de Prima Media y del RAIS, sin que las demandadas aportaran prueba diferente a la descrita acerca de la información suministrada a la demandante al momento de su vinculación a cada una de estas entidades.

La citada documental prueba la formalización del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y su movilidad al interior del mismo; pero, no confirma que las AFP demandadas cumplieron lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, que estableció la obligación de las entidades de 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, sin que para estos efectos influya el que la demandante se hubiera trasladado de régimen pensional inicialmente a PROTECCIÓN S.A. y después se movilizara a PORVENIR S.A, principalmente porque las AFP demandadas no probaron la información brindada a la demandante con ocasión de cada una de sus vinculaciones, la que no la respaldan los formularios de afiliación.

Ahora el que la ley 100 de 1993, establezca las características de los regímenes pensionales o que la demandante haya suscrito los formularios de afiliación voluntariamente y sin presiones, que se haya movilizado dentro del mismo régimen, no excluye el cumplimiento del cuestionado deber legal a cargo de las AFP demandadas; tampoco el que la demandante en el interrogatorio de parte mencionara que Colmena le dio una asesoría de 40 minutos en la que le hicieron unos cuadros comparativos satisface esa obligación, porque indicó que estos se refirieron a la rentabilidad que tendrían los dineros ahorrados, que básicamente le hablaron de beneficios; pero, nunca le hicieron una comparación entre la pensión que obtendría en el RAIS y en el Régimen de Prima Media, lo que indica no recibió información completa, clara y veraz acerca de las modalidades pensionales, de las condiciones y efectos del cambio, comparativamente con el RPM; pues, en la actuación no obra prueba que contrarreste la cuestionada omisión.

De manera que, no puede considerarse cumplida la exigencia legal de asesoría a cargo de las AFP PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A. con la sola suscripción del formulario de afiliación, porque aquí de lo que se trata es que las entidades

prueben la información profesional, experta y competitiva que le proporcionaron a la demandante, para que a partir de ese conocimiento tuviera un fundamento sólido para optar por uno u otro régimen pensional; pero, en este proceso no obra respaldo probatorio alguno que reafirme el consentimiento instruido previo de la demandante, lo que afecta la eficacia del traslado de régimen, que establece el artículo 271 de la ley 100 de 1993.

Así lo explicó la SL de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1688-2019, señalando en lo pertinente:

*“De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, **sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación**”.* (Sentencia SL 1688-2019). SE RESALTA

Tampoco es admisible la hipótesis de COLPENSIONES, que la carga de la prueba la tiene la demandante para demostrar los vicios del consentimiento en los que incurrió, porque en este caso no se trata de una nulidad por vicios del consentimiento, sino de la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento de la obligación legal de información impuesta a las AFP; luego, a éstas les corresponde demostrar claramente que acataron la obligación cardinal de ofrecerle la información, para que bajo el principio de la autonomía y libertad informada resolviera sobre el traslado, así se deduce del artículo 1604 del C.C. que indica que la demostración de la diligencia y cuidado corresponde a quien ha debido emplearla para anular el incumplimiento aquí enrostrado, con mayor razón cuando las AFP dado su conocimiento financiero y económico especializado, se encuentran en una situación privilegiada no solo para ilustrar adecuadamente a sus clientes sino para allegar la prueba acerca de la información cierta, clara y comprensible proporcionada, así se desprende fundamentalmente del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 y de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, que le impusieron esa obligación a las AFP desde su creación no a partir de la entrada en

vigencia de los Decretos 2241 de 2010 y del Decreto 2071 de 2015 como lo alegan las apelantes, lo cual no acataron las AFP demandadas y torna ineficaz el traslado.

Igualmente, el que la demandante no se interesara oportunamente por averiguar sobre su eventual derecho pensional, recibiera extractos, permaneciera más de 25 años en el RAIS, sin retractarse, no reafirma, ni exime a las AFP demandadas de su obligación de brindarle la información cierta y pertinente sobre todos los aspectos de cada uno de los regímenes pensionales al momento de su traslado, carga que no cumplieron como quedó explicado en precedencia.

Como resultado, al no probarse que las Administradoras de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., le garantizaron a la demandante una decisión informada sobre el cambio de régimen pensional, como lo establece el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, conduce a la declaratoria de ineficacia del traslado, con la devolución de todos los valores recibidos, con ocasión de la vinculación de la demandante, sin deducción alguna, como lo ha reiterado la constante jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Lo que torna inviable la revocatoria de la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales que invoca las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. porque la declaratoria de ineficacia se derivó del incumplimiento a su deber de información; por lo tanto, el reembolso a su cargo comprende todos los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante que hubieren recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, **con todos sus frutos e intereses** como lo establece el artículo 1746 del C.C, sin deducciones de ningún tipo como gastos de administración, comisiones, o seguro previsional etc. **esto es, como si el demandante nunca se hubiese trasladado**, como lo dispone la ley 100 de 1993, porque este es el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen declarado en la sentencia apelada, sin que para ello deba analizarse la buena o mala fe con la que actuaron las partes; luego, no prospera en este aspecto la apelación de Porvenir S.A.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, citó la sentencia CSJ SL17595-2017, que rememoró la sentencia 31989 del 8 de septiembre de 2008, al referirse a los términos de la devolución sí:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adocrinó:(...]

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.” SE RESALTA

Esa posición la reiteró la Corte en la sentencia SL4360 del 9 de octubre de 2019.

En recientes pronunciamientos la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, al referirse a la interpretación del artículo 1746 del Código Civil con respecto a la restitución de los gastos de administración en la sentencia SL2207 del 26 de mayo de 2021, señaló:

“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, esta Sala en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL2877-2020, explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Corte se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, 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). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al RPMPD, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de **ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, 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 SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020), criterio que igualmente es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima.”*

Igualmente, en sentencia SL 4046 del 8 de septiembre del año 2021, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al referirse a la declaratoria de ineficacia explicó:

“...privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que la demandante siempre estuvo afiliada al RPMPD (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019). Por consiguiente, Protección S.A. debe devolver los saldos de la cuenta individual de la demandante junto con sus rendimientos.

*Asimismo, habrá de adicionarse el numeral segundo en cuanto a que Protección S.A., deberá trasladar a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al **fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos**. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.”*

Significa lo anterior, que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y su retorno al RPMPD, las AFP., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. demandadas en este proceso deben devolver a COLPENSIONES, todo el capital ahorrado con los rendimientos financieros y en cuanto al porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, *estos debidamente indexados* y con cargo a sus propios recursos, pues, ello se aviene al precedente citado y así debe cumplirse al efectuar la restitución a COLPENSIONES.

Luego, le corresponde a Colpensiones, al momento del traslado de los valores ordenados, verificar que las sumas que reciba correspondan a las referidas en precedencia y se ajusten a los precisos mandatos legales y precedentes jurisprudenciales citados. Lo cual no atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones como lo alega Colpensiones, porque los recursos que deben trasladar las AFP a Colpensiones se utilizarán para el reconocimiento del derecho pensional. (SL2877-2020).

De otra parte, aunque el artículo 13 de la ley 100 de 1993, prohíba que el afiliado cambie de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para pensionarse o la haya cumplido, situación en la que se encuentra la demandante; no impide declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional *por falta de consentimiento informado* porque el objeto de la controversia se limitó *a invocar su declaratoria*; pero, no se debatió el traslado entre regímenes pensionales con fundamento en el literal e del artículo 2º de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la ley 100 fijando los plazos para moverse entre uno y otro régimen, lo que impone confirmar la providencia de primera instancia al respecto.

De la pensión de vejez

La demandante pretende que se tengan en cuenta las 1.625 semanas cotizadas acreditadas con la prueba documental aportada con la demanda, para efectos de la liquidación de la pensión reconocida por la *a quo*, prueba que no fue tachada ni desvirtuada por la parte demandada.

En la sentencia se le reconoció la pensión de vejez a la demandante a cargo de la Administradora colombiana de Pensiones – Colpensiones a partir del mes de enero de 2021, con una mesada pensional de \$2.847.930, de conformidad con el artículo 33 de la ley 100 de 1993 y le concedió el término de cuatro meses para pagarla, después que las AFP demandadas devuelvan los aportes y demás conceptos ordenados en la sentencia, considerando la prueba allegada por Porvenir S.A, como consecuencia del decreto oficioso que se hiciera para establecer el número de semanas cotizadas por la demandante para liquidar la prestación.

El artículo 33 de la ley 100 de 1993 establece que:

“Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”.

En el caso examinado, está probado que la demandante nació el 6 de octubre de 1961, a la fecha cuenta con 61 años de edad y aunque en la historia laboral expedida por PORVENIR S.A. el 3 de octubre de 2019, indique 1.559 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, 562 semanas a Colpensiones (ISS), 55 semanas a otras administradoras y 942 a esa entidad, con un capital ahorrado en la cuenta de la demandante de \$201.119.702 (archivo 01, fls. 20), la citada AFP en cumplimiento de la prueba ordenada de oficio por la *a quo*, allegó una nueva historia laboral con fecha de actualización el 7 de febrero de 2020, en la que consta únicamente 1.538 semanas,

señalando 4.2 semanas traslados de aportes, 473,2 semanas válidas para bono, 60 semanas en otras administradoras, 1.000.8 semanas en PORVENIR y un capital de \$223.219.528 (archivo 58).

De donde se infiere que las semanas relacionadas en la primera historia laboral en COLPENSIONES está inflada, porque en la historia laboral del RPMPD que aportó Colpensiones sólo se registran 469.89 semanas; por lo tanto, se tendrán en cuenta únicamente las 1.538 semanas certificadas por PORVENIR en respuesta a la prueba de oficio, las que tuvo en cuenta la *a quo*, con las que la demandante cumple los requisitos para ser acreedora de la pensión de vejez a partir de su causación, en este caso cuando cumplió 57 años de edad y 1.300 semanas de cotización, como lo establece la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, pero como su disfrute está supeditado a su retiro del sistema y del servicio, lo cual ocurrió en el mes de diciembre de 2020, la demandante tiene derecho a que se le pague a partir del mes de enero de 2021, como lo concluyó la sentencia que se revisa.

Por lo anterior, COLPENSIONES una vez tenga en su poder todos los recursos que como consecuencia de esta sentencia se le ordena devolver a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. dentro del término legal de cuatro meses que establece la Ley 797 de 2003 deberá reconocerle a la demandante la prestación aludida, sin que haya lugar a determinar el valor de la mesada pensional, como lo hizo la primera instancia, lo cual liquidará la entidad cuando tenga a su disposición los recursos producto de la devolución ordenada.

En ese orden, se modificará el numeral quinto de la sentencia apelada ordenando a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que dentro del término legal le liquide a la demandante la pensión de vejez establecida en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, conforme al monto señalado en el artículo 34 ibidem y teniendo como ingreso base de liquidación lo dispuesto en el artículo 21 de la misma ley, en este caso el promedio de lo cotizado durante los diez años anteriores a su reconocimiento, incluyéndola en nómina de pensionados a partir del primero de enero de 2021.

Sin condena en costas de esta instancia porque no se causaron.

Por lo expuesto, **la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja** administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

Primero: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2021, por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y teniendo en cuenta que las restituciones a cargo de las AFP demandadas, se ajusten a los precisos mandatos legales y precedentes jurisprudenciales citados, como quedó explicado, el cual quedará así:

“QUINTO. Reconocer la pensión de vejez a favor CAROLINA LEAL JIMÉNEZ a partir del primero de enero del año 2021, con fundamento en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, con cargo a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, la que una vez reciba de Protección S.A. y Porvenir S.A. el estado de cuenta individual de la demandante que se les ordenó trasladar, proceda a liquidarla dentro del término legal conforme a lo dispuesto en los 34 y 21 ibidem, como quedó expuesto en la parte motiva”.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

Tercero: Sin costas en esta instancia judicial.

Cuarto: Por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen dejando las constancias necesarias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

MARÍA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ

JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ

Con ausencia justificada

FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ

Firmado Por:

Maria Isbelia Fonseca Gonzalez
Magistrada
Sala 001 Laboral
Tribunal Superior De Tunja - Boyaca

Fanny Elizabeth Robles Martinez
Magistrada
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Tunja - Boyaca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **4b61b4d4a147c62a213dfda49d25f6df5d07e085dc0de4a3e7add163996b8be6**

Documento generado en 07/04/2022 03:50:59 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>