



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: 15001-31-05-004-2019-00468-01 (2022-1061)

De: TERESA ADRIANA ELVIRA LINARES BALLESTEROS **contra** la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- y las ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

Proyecto discutido y aprobado según acta No. 1 – 011

Tunja, treinta y uno (31) de marzo del año dos mil veintidós (2022)

ASUNTO

Decide la Sala el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, contra la **sentencia proferida el 10 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:

TERESA ADRIANA ELVIRA LINARES BALLESTEROS promovió demanda ordinaria contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, y las ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., para que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad porque no fue informada idóneamente sobre los regímenes pensionales, las condiciones y sus efectos pensionales como resultado del cambio.

Como consecuencia de esa declaratoria, solicitó que se condene a las Administradoras de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. 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 2 de mayo de 1990; 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 expuso que: el 2 de mayo de 1990 se afilió al Instituto de Seguros Sociales, previo a su traslado al RAIS cotizó 195 semanas al sistema general de pensiones. El 28 de octubre de 1994 se afilió a PROTECCIÓN S.A., y actualmente está vinculada a 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 en el RAIS podía pensionarse a cualquier edad; que el ISS se iba a extinguir y no podría pensionarse. El 14 de noviembre de 2010 cumplió 47 años de edad y cuenta con 1.438 semanas de cotización.

El 24 de mayo de 2019 solicitó a Protección S.A. la invalidación de la afiliación y radicó formulario de traslado de régimen ante Colpensiones (archivo 01, fls. 1 a 18).

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** aceptó algunos de los hechos, otros los negó o no le constan, **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 1994 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 jurídicos”, “Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional”, “Enriquecimiento sin justa causa”, “Conmutación Pensional”, “Prescripción”, y otras (archivo 01, fls.141-158).*

¹ Auto del 23 de enero de 2020 (archivo 01, fl. 134)

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, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS e indicarle las condiciones pensionales, como consta en el formulario de vinculación, esto es exento de vicios del consentimiento, conforme a las normas vigentes y no se retractó; por lo tanto, es válido.

Propuso como **excepciones de fondo las que denominó** “*prescripción*”, “*buena fe*”, “*inexistencia de la obligación*”, “*compensación*” y la genérica (archivo 17 fls. 1-24).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. aceptó algunos de los hechos, otros los negó o no le constan, **se opuso a las pretensiones**, porque a la demandante le suministró información, acatando las disposiciones legales vigentes al momento del traslado y las directrices de la Superintendencia Financiera y, de manera libre e informada suscribió el formulario respectivo; sin que se retractara del cambio; por lo tanto, la afiliación está conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y tiene plena validez.

Propuso como excepciones de fondo las de: “*Falta de causa para pedir*”, “*Inexistencia de la obligación a cargo de Protección S.A*”, “*Buena fe*”, y la “*innominada o genérica*” (archivo 07)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA en audiencia celebrada el 10 de diciembre de 2021 profirió la sentencia en la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado y afiliación en pensiones que realizó la doctora TERESA ADRIANA ELVIRA LINARES BALLESTEROS del ISS, hoy

COLPENSIONES, al Fondo de Pensiones-Davivir, hoy PROTECCIÓN S.A., acorde con lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. DECLARAR que la Administradora Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., deben trasladar ante 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 o seguro previsional a favor de la doctora TERESA ADRIANA ELVIRA LINARES BALLESTEROS, de tal manera que tenga la totalidad de los aportes como si nunca se hubiere trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES –a activar la afiliación de la doctora TERESA ADRIANA ELVIRA LINARES BALLESTEROS, identificada con cédula de ciudadanía No 40.370.904, teniendo en cuenta las cotizaciones desde la fecha inicial de afiliación, que lo fue a partir del día 02 de junio de 1992.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Fondo Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. para que en el término de un mes traslade ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES -las cotizaciones, aportes, bonos pensionales, sus rendimientos, así como frutos e intereses, correspondientes a la doctora TERESA ADRIANA ELVIRA LINARES BALLESTEROS, sin lugar a descuentos por gastos de administración ni seguro previsional, de tal manera que tenga la totalidad de los aportes como si nunca se hubiere retirado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: Se condena en costas a la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A, ordenar por secretaría liquídense, y se fijen como agencias en derecho \$1.200.000 para cada una de las demandadas.

SEXTO: 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

COLPENSIONES solicitó que se revoque y se nieguen las pretensiones de la demanda porque, la demandante está incurso en la prohibición prevista en el artículo 2º de la ley 797 de 2003 para trasladarse al RPMPD, lo que impide activar la afiliación ordenada en la sentencia apelada, porque afecta el erario y la sostenibilidad financiera del sistema pensional porque la afiliada no contribuyó durante todo el tiempo de la cotización al régimen de prima media.

El traslado de la demandante fue libre, sin vicios del consentimiento; aunque el Decreto 663 de 1993 estableció el deber de información a cargo de las AFP, no

indicó su contenido ni la obligación de documentar la asesoría suministrada a los afiliados al momento de suscribir el formulario de afiliación; por lo tanto, conforme a la ley 100 de 1993 el único requisito de validez era la suscripción libre del formulario de afiliación, lo cual se cumplió; luego, el traslado tiene plenos efectos.

Que no se puede invertir la carga de la prueba a las AFP, porque implicaría aceptar como excusa la ignorancia de la ley de los afiliados, sin distinción alguna, considerándolos como una parte débil e inexperta, sin que el error de derecho tenga aplicación en los negocios jurídicos, menos para buscar un aprovechamiento pensional. Además, la información que reclama la demandante, sobre los regímenes pensionales está prevista en la ley.

Que de confirmarse la sentencia se exonere a COLPENSIONES de la condena en costas, porque es un tercero de buena fe que no tuvo injerencia en el traslado de la demandante.

La demandada **PROTECCIÓN S.A**, apeló la condena a devolver los gastos de administración, porque los autoriza el artículo 20 de la ley 100 de 1993, para la adquisición de los seguros previsionales, los cuales fueron contratados con un tercero de buena fe ajeno al contrato entre la entidad y la afiliada, lo que impide el reembolso, además ese porcentaje no financia la pensión de la demandante, a quien durante su vinculación a la AFP se le administró los dineros logrando un rendimiento de sus aportes y tampoco hacen parte de la cuenta de ahorro individual, por lo que no es procedente su devolución.

PORVENIR S.A, apeló la sentencia para que se revoque, porque informó a la demandante de manera clara y completa sobre el régimen que administra y el sistema general de pensiones conforme al artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el cual no establecía la obligación de brindar asesoría sobre las condiciones, ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales o por lo menos en los términos interpretados en la sentencia, lo cual se reglamentó en las leyes expedidas después

del año 2009 y en este caso la vinculación de la demandante se cumplió conforme a la normativa vigente de manera libre y voluntaria, luego tiene plena validez.

Que, para efectos de las restituciones mutuas, conforme al artículo 1746 del Código Civil y el artículo 964 ibidem, debe tenerse en cuenta la buena o mala fe de las partes y en caso de ordenarse, debe ser a partir de la notificación de la demanda y no desde la fecha del traslado de la demandante.

Solicitó que, se revoque la condena a la devolución de los gastos de administración, porque están autorizados en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, no financian la pensión de vejez y 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 el apoderado de la parte demandante reiteró los planteamientos expuestos en sus diferentes salidas procesales en primera instancia, para solicitar la confirmación de la sentencia.

Los apoderados de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. reiteraron su petición para que se revoque la sentencia, insistiendo en los argumentos expuestos 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 10 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 TERESA ADRIANA ELVIRA LINARES BALLESTEROS a las Administradoras de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. como se invocó en la demanda.

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante señaló que el 2 de mayo de 1990 se afilió al régimen de prima media con prestación definida, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, régimen en el que acumuló 195 semanas de cotización. El 28 de octubre de 1994 se trasladó al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por PROTECCIÓN S.A. y 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.

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 y a las disposiciones de la Superintendencia Financiera de Colombia; que admitir su retorno al RPM desconoce la prohibición del artículo 2º 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 y se movió al interior del mismo, ratificando su voluntad de permanencia, tampoco probó algún vicio en el consentimiento al efectuar el traslado.

Al respecto, 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, folios 23 y 78 a 126), como por Colpensiones (archivo 01, fls.159 a 163 y 02 carpeta administrativa), las AFP Protección S.A. (10 carpeta administrativa); y Porvenir S.A (archivo 17 contestación, folios 25 a 155) lo único que muestra es que la señora TERESA ADRIANA ELVIRA LINARES BALLESTEROS aunque tiene fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales el **23 de mayo de 1995**, efectuó cotizaciones del 2 de junio de 1992 al 31 de marzo de 1993, contabilizando 31.14

semanas de cotización (archivo 01, fls. 159), pero también estuvo vinculada desde el 2 de mayo de 1990 al primero de junio de 1994 como consta en la “*historia válida para bono pensional*” que obra a folio 104 del archivo 01 del expediente.

El **28 de octubre de 1994** con efectos a partir del primero de noviembre del mismo año, se trasladó a DAVIVIR (hoy Protección S.A.) y el **14 de marzo de 1997** con efectos a partir del primero de mayo de ese año se movilizó a PORVENIR S.A., aspectos que confirman los formularios de afiliación (02 carpeta administrativa Protección y archivo 17, fl. 28), el reporte del SIAFP (archivo 17, fl. 25) 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 1º 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 DAVIVIR hoy PROTECCIÓN 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 y que el demandante haya suscrito el formulario de afiliación voluntariamente y sin presiones, que no se interesara oportunamente de averiguar sobre su eventual derecho pensional, recibiera extractos, permaneciera más de 25

años en el RAIS, se movilizara al interior del mismo régimen y no se retractara, 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.

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 1° 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.

Como resultado, al no probarse que las Administradoras de Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A., 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 invocan 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, adoctrinó:(...]

“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 corriente año, 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.

Por lo anterior, no prosperan los puntos de apelación, imponiéndose la confirmación de la sentencia apelada.

Se condena en costas de esta instancia a las apelantes porque fracasó el recurso y hubo controversia.

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: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2021, por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA, dentro del proceso de la referencia, 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.

Segundo: Costas en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., como se indicó en parte motiva.

Tercero: 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.-

FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ

AUTO:

Considerando que se condenó en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a las Administradoras Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., la Magistrada Ponente, fija como agencias en derecho de esta instancia a cargo de las citadas entidades y a favor de la demandante la suma equivalente a UN (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, en los términos del artículo 365-6 del C.G.P.

MARÍA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ

Firmado Por:

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

Julio Enrique Mogollon Gonzalez
Magistrado
Sala 002 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: **01a2670d3791bec4af83e2b667d89bb288e495d7906494e9b7eee0fa4d1cf287**
Documento generado en 31/03/2022 03:49:43 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>