



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISBELIA FONSECAONZÁLEZ

Clase de proceso: Ordinario Laboral

Radicación: 15001-31-05-004-2019-00418-01 (2022-1043)

De: MARIA DEL PILAR SANTACRUZ ORTEGA **contra** la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES– COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 Y PORVENIR S.A.**, contra la **sentencia proferida el primero (1) 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:

MARIA DEL PILAR SANTACRUZ ORTEGA promovió demanda ordinaria contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para que se declare la 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 sus efectos pensionales como resultado del cambio.

Como consecuencia de esa declaratoria, solicitó que se condene a la Administradoras de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A a trasladar el valor de las cotizaciones obligatorias y rendimientos financieros que posee en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES y a ésta recibirlos, reactivar su afiliación sin solución de continuidad desde el 25 de abril de 1994 y actualizar la historia laboral contabilizando todas las semanas cotizadas; que se condene extra y ultra petita conforme a lo que resulte probado a su favor, que se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso.

Como hechos fundamento de sus pretensiones señaló que, nació el 7 de abril de 1958. El 25 de abril de 1994 se afilió al Instituto de los Seguros Sociales. En septiembre de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por PORVENIR S.A, sin que esta entidad la ilustrara acerca de los regímenes pensionales, los beneficios y desventajas de cada uno y su incidencia en su mesada pensional, porque no le hizo una proyección que le permitiera contar con la información cierta y completa previa al traslado. Tampoco fue informada del derecho a retractarse de su afiliación, entre otros aspectos. Actualmente cuenta con 63 años.

El 11 de septiembre de 2019 agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES y en la misma fecha le solicitó a PORVENIR S.A. que declarara ineficaz el traslado de régimen pensional y le informara sobre la asesoría brindada al vincularse a la entidad, sin respuesta positiva (fls. 30 a 32, archivo 1 y fl. 30 a 32 archivo 2).

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se **opuso a las pretensiones**, señalando que el traslado de régimen que efectuó la demandante en el año 1995 a la AFP PORVENIR S.A. fue libre, sin vicios del consentimiento, para ese momento no estaba prevista la obligación de suministrar asesoría a los afiliados emitiendo proyección del derecho pensional, la cual surgió a partir del año 2014 y de la expedición del Decreto 2071 de 2015. La demandante incumplió su obligación como consumidor financiero de informarse sobre los regímenes pensionales cuyas condiciones están previstas en el artículo 59 y siguientes de la ley 100 de 1993 sin que sea dable alegar la ignorancia de la ley; luego, su traslado al RAIS es válido.

Tampoco es beneficiaria del régimen de transición, está incurso en la prohibición que establece el artículo 2° de la ley 797 de 2003 para trasladarse al RPMPD porque para el 1° de abril de 1994 no tenía acumulados 15 años de cotizaciones; tuvo la oportunidad de cambiar de régimen cada cinco años y no lo hizo, ha permanecido más de 25 años en el RAIS, lo que reafirma su conocimiento al respecto.

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

Propuso como excepciones de fondo: *“imposibilidad del traslado”, “inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional”, “Improcedencia de costas e intereses en contra de Colpensiones”, “conmutación pensional”, “prescripción” y otras (fls. 64 a 99 archivo 1 digital).*

¹ Auto del 24 de octubre de 2019 (archivo 01)

La Sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., no contestó la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA en audiencia virtual celebrada el primero (1) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), profirió sentencia en la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado y afiliación en pensiones que realizó la señora MARÍA DEL PILAR SANTACRUZ ORTEGA identificada con cedula de ciudadanía No. 30.715.651 del Instituto de los Seguros Sociales hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., acorde con lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que la Administradora Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., debe 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 ni seguro previsional a favor de MARÍA DEL PILAR SANTACRUZ ORTEGA 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 MARÍA DEL PILAR SANTACRUZ ORTEGA teniendo en cuenta las cotizaciones desde la fecha inicial de afiliación, que lo fue un 25 de abril de 1994.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Fondo Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. para que en el término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, traslade ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES -las cotizaciones, aportes, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, correspondientes MARÍA DEL PILAR SANTACRUZ ORTEGA, sin lugar a descuentos por gastos de administración o seguro previsional, 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: Se condena en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., liquidense por secretaría, teniéndose como agencias en derecho la suma de \$1.200.000 para una de las demandadas como se señala en la parte motiva.

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

RECURSO DE APELACIÓN

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 2° de la ley 797 de 2003 para trasladarse al RPMPD porque cumple la edad mínima para acceder a la pensión. Para el 1° de abril de 1994 no tenía acumulados 15 años de cotizaciones para retornar en cualquier tiempo como lo señala la jurisprudencia, lo que impide activar la afiliación ordenada en la sentencia apelada, porque ello lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Aunque el Decreto 663 de 1993 estableció el deber de información a cargo de las AFP, no indicaron 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 al artículo 13 de 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 le puede imponer a la entidad la carga dinámica de la prueba, porque ello 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. La demandante es capaz de obligarse, y por esta razón podía inferir los efectos del acto jurídico que suscribía; por lo tanto, el traslado es válido.

Solicitó que de confirmarse la sentencia se ordene la indexación de las condenas, para evitar la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el paso del tiempo.

PORVENIR S.A., apeló la sentencia para que se revoque, porque para el año 2000 fecha del traslado de la demandante, el único requisito era diligenciar el formulario de vinculación de manera libre y voluntaria, lo cual se cumplió en el caso de la demandante quien recibió información clara y completa sobre el régimen que administra y el sistema general de pensiones conforme a la ley 100/93 y al Decreto

663 del mismo año, el cual no establecía la obligación de brindar asesoría documentada sobre las condiciones, ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, lo cual se reglamentó después del traslado, luego, tiene plena validez.

Además, la solicitud de ineficacia del traslado de la demandante la fundamenta en la afectación de su mesada pensional, la que para el momento del traslado no era posible examinar.

Apeló la condena a la devolución de los gastos de administración, porque tienen una destinación específica, los que se utilizaron para la obtención de rendimientos financieros, lo cual impide su reembolso.

ACTUACIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA.

En esta instancia solo la apoderada de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, reiterando los planteamientos expuestos en sus diferentes salidas procesales en primera instancia, para solicitar la confirmación de la sentencia.

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 primero (1) de diciembre de 2021, la Sala examinará si procede la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) administrado actualmente por COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) que realizó la señora MARÍA DEL PILAR SANTACRUZ ORTEGA a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. como se invocó en la demanda.

Como fundamento de sus pretensiones, la demandante señaló que nació el 7 de abril de 1958; el 25 de abril de 1994 se afilió al Instituto de los Seguros Sociales. En septiembre de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por PORVENIR S.A, sin que esta entidad cumpliera el deber de informarla acerca de las condiciones de cada régimen pensional, tampoco le hizo una proyección del monto 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; que admitir su retorno al RPMPD 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, tampoco probó algún vicio en el consentimiento al efectuar el traslado.

Con respecto a los regímenes pensionales a los cuales se refiere la controversia planteada, 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 la AFP 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 la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad PORVENIR S.A., demandada en este proceso, le correspondía desde su creación, como se infiere del artículo 97-1 del Decreto 663 de 1993, demostrar que en efecto le proporcionó 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. Sólo el cumplimiento de esas medidas fundamentales, permiten deducir si en efecto el traslado cumplió con los mínimos de transparencia y lealtad.

Sin embargo, la AFP Porvenir S.A. no cumplió esa carga probatoria; pues la prueba documental aportada con la demanda (fls. 15 a 57 documento 1), como por Colpensiones (fls. 81 a 88 documento 1 y carpeta administrativa documento 3), solo indica que la señora MARÍA DEL PILAR SANTACRUZ ORTEGA, se afilió al régimen de prima media con prestación definida a través del Instituto de Seguros Sociales **el 25 de abril de 1994**, contabilizando 27.71 semanas de aportes (fls. 24 a 29 documento 1).

El 27 de septiembre 1994 con efectos a partir del **01 de octubre de 1994**, se trasladó a PORVENIR S.A., aspectos que confirma el reporte del SIAFP (carpeta archivo 22), el formulario de afiliación a Porvenir S.A (carpeta archivo 22) las historias laborales del Régimen de Prima Media (archivo 3) y del RAIS (carpeta archivo 22), la relación histórica de movimientos de Porvenir S.A. (carpeta archivo 22) y la certificación expedida por PORVENIR S.A. 20 de agosto de 2021 (carpeta archivo 22)

También se incorporó a la actuación el formulario de vinculación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A. (carpeta archivo 22) el que indica que seleccionó el

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A para que administrara sus aportes pensionales; sin que la demandada aportara prueba diferente a la descrita acerca del contenido y alcance de la información que le suministró al momento de su vinculación a la entidad.

La citada documental prueba la formalización del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; pero, no confirma que la AFP PORVENIR S.A. cumplió 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.

Luego, el que la ley 100 de 1993 establezca las características de los regímenes pensionales y que la demandante haya suscrito el formulario de afiliación voluntariamente y sin presiones, no excluye el cumplimiento del cuestionado deber legal a cargo de las AFP. tampoco el interrogatorio de parte de la demandante confirmó la asesoría en los términos que establece la ley, pues, señaló que el asesor comercial con ocasión del traslado le indicó que “ *se afiliara a Porvenir S.A. porque el Seguro Social se iba a acabar, que obtendría mejor rentabilidad y podía pensionarse a cualquier edad, no le explicaron las condiciones de su pensión, ni las ventajas de uno y otro régimen pensional, ni que pasaba con las semanas cotizadas al ISS*”; lo que indica que no recibió información completa, clara y veraz acerca de las modalidades pensionales, de las condiciones y efectos del cambio, comparativamente con el RPMPD, 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 la AFP 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 conduce a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen como lo concluyó la sentencia de primera instancia, no solo a la sanción 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 y de PORVENIR S.A. que la carga de la prueba la tiene la demandante para demostrar los vicios del consentimiento en los que incurrió y que no probó que se comprometió su libertad de elección de régimen pensional, 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 vigencia de

los Decretos 2241 de 2010 y del Decreto 2071 de 2015 como lo alegan las apelantes, lo cual no probaron lo que torna ineficaz el traslado.

Igualmente, el que la demandante permaneciera más de 25 años en el RAIS, o no se retractara, no confirma que la AFP PORVENIR S.A., cumplió la obligación de informarla sobre todos los aspectos de cada uno de los regímenes pensionales al momento de su traslado.

Como resultado, al no probarse que la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., le garantizó 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 que invoca la AFP 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 la 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, 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 de 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 del demandante al RAIS y su retorno al RPMPD, la demandada PORVENIR S.A. debe devolver a COLPENSIONES, todo el capital ahorrado con los rendimientos financieros, 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.

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, 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, como lo alega COLPENSIONES; 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 2° 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.

Costas

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. porque fracasaron los puntos de apelación, hubo controversia en esta instancia; mientras que a Colpensiones le asiste la razón en cuanto a la indexación la cual se ajusta a los precedentes de la Sala Laboral citados como quedó explicado; por lo tanto, no se le condena en costas.

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 primero (1) diciembre dos mil veintiuno (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 la AFP demandada, se ajusten a los precisos mandatos legales y precedentes jurisprudenciales citados, como quedó explicado.

Segundo: Costas de esta instancia a cargo de PORVENIR S.A.

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 a PORVENIR S.A., en costas de esta instancia, la Magistrada Ponente, le fija como agencias en derecho a favor de la demandante la suma equivalente a UN (1) Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.

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: **718bcade1f4894970511cfb6621f808ac6257af0e3e14f213b1be17ece46fa29**

Documento generado en 31/03/2022 03:48:59 PM

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

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