



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: 15001-31-05-004-2019-00396-01 (2022-1059)

De: ZORY YALIDA QUINTANA MOSQUERA **contra** la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y EL FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA-FONPRECON

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 la **CONSULTA** de la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2021, por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA, dentro del proceso de la referencia, que accedió a las pretensiones de la demanda.

SENTENCIA

Antecedentes relevantes:

ZORY YALIDA QUINTANA MOSQUERA promovió demanda ordinaria contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA-FONPRECON, y COLFONDOS 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.

Como consecuencia de esa declaratoria, solicitó que se condene a la AFP COLFONDOS a trasladar los aportes que posee en su cuenta de ahorro individual a FONPRECON y a ésta recibirlos, se condene extra y ultra petita al reconocimiento de los derechos probados a su favor, que se condene a las demandadas a pagar las costas del proceso.

Subsidiariamente solicitó ordenar a COLPENSIONES que reciba los aportes y active la afiliación de la demandante como administradora del régimen de prima media con prestación definida.

Como hechos expuso que: nació el 11 de abril de 1953 y es beneficiaria del régimen de transición.

Afirmó que el 2 de abril de 1990 se vinculó al Congreso de la República de Colombia – Cámara de Representantes, fecha a partir de la cual cotizó para pensiones en el Fondo de Previsión Social del Congreso FONPRECON, el primero de febrero de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., sin que fuera ilustrada acerca del régimen de transición, ni sobre las incidencias que el cambio de régimen le generaría.

El 13 de junio de 2019 le solicitó a FONPRECON la anulación de la afiliación al RAIS y el 15 de ese mismo mes y año le hizo la misma petición a Colpensiones (archivo 01, folios 2 a 23).

Admitida¹ la demanda y notificada a la parte demandada la contestaron así:

El FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON, se opuso a la mayoría de las pretensiones de la demanda, que desconoce la situación pensional de la demandante con ocasión del traslado de régimen a la AFP Colfondos.

Indicó que no es de recibo que la demandante después de 23 años aduzca que su administradora de pensiones no le brindó la información necesaria al momento de la afiliación y pretenda el pago costas del proceso.

Propuso como **excepciones de fondo las que denominó:** *“Falta de jurisdicción y competencia por fuero de atracción” e “inexistencia de la obligación”* (archivo 01, fls. 167 a 172).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** aceptó algunos de los hechos, negó otros o no le constan, **se opuso a todas las pretensiones**, señalando que la demandante al momento del traslado de régimen no estaba afiliada al ISS sino al Fondo de Previsión Social del Congreso FONPRECON, por lo tanto, no está llamada a responder por las pretensiones de la demanda.

Que el traslado de la demandante al RAIS fue libre, sin vicios del consentimiento, donde ha permanecido más 23 años, incumpliendo su obligación como consumidor financiero del sistema general de pensiones, de informarse adecuadamente sobre los regímenes pensionales, cuyas condiciones están previstas en la ley 100 de 1993.

Que en el año 1996 cuando la demandante efectuó el traslado de régimen no existía la obligación de brindar asesoría previa con proyecciones pensionales, esa

¹ Auto del 17 de octubre de 2019 (archivo 01, fl.160-161)

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.

Manifestó 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 la “innominada o genérica, entre otras (archivo 01, fls. 177 a 195).*

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, se opuso a la mayoría de las pretensiones, porque asesoró debidamente a la demandante, medió su voluntad de pertenecer al RAIS, sin que mediara vicio del consentimiento, al momento de suscribir el formulario de vinculación, fecha para la cual no era obligatorio conservar prueba documental de la asesoría brindada. Solicitó que no se condenara en costas.

Propuso como **excepciones de mérito las que denominó:** *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”, “Buena fe”, “Ausencia de vicios del consentimiento”, “Validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad” y la “Innominada o genérica” (archivo 09, fls. 1 a 9).*

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA en audiencia virtual celebrada el 03 de diciembre de 2021, profirió la sentencia en la que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ, el traslado y afiliación en pensiones que realizó ZORY YALIDA QUINTANA MOSQUERA, identificada con cedula de ciudadanía No. 41.632.362 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por FONDO DE PREVISIÓN DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA – FONPRECON al FONDO DE PENSIONES-COLFONDOS, acorde con lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que la Administradora Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS, debe trasladar ante el FONDO DE PREVISIÓN DEL CONGRESO – FONPRECON, la totalidad de las cotizaciones, aportes, bonos pensionales, rendimientos, intereses, comisiones, sin lugar a descuentos, gastos de administración o seguro previsional a favor de ZORY YALIDA QUINTANA MOSQUERA 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 al FONDO DE PREVISIÓN DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA –FONPRECON a activar la afiliación de ZORY YALIDA QUINTANA MOSQUERA, teniendo en cuenta las cotizaciones desde la fecha inicial de su afiliación, que lo fue el día 04 de abril de 1990.

CUARTO: CONDENAR a la Administradora Fondo Pensiones y Cesantías COLFONDOS, para que en el término de un mes, traslade ante el FONDO DE PREVISIÓN DEL CONGRESO – FONPRECON, las cotizaciones, aportes, bonos pensionales, rendimientos, así como frutos e intereses, correspondientes a señora YALIDA QUINTANA MOSQUERA, 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: Se condena en COSTAS al FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL–FONPRECON y Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.200.000, para cada una, como se señaló en la parte motiva. Sin costas en contra de COLPENSIONES y tampoco por desestimar las súplicas a favor de Colpensiones tampoco se imponen costas a la parte demandante.

SEXTO: Se ordena la CONSULTA de esta decisión, por mandato del Art. 69 del C.P.L. por cobijar al Fondo de Previsión del Congreso de la República, entidad pública y en caso que no fuere apelada”.

La sentencia no fue apelada y arriba a esta instancia en Consulta.

ACTUACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

En esta instancia solo el apoderado de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, fuera de los términos establecidos en el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y del acto que lo dispuso.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para resolver la CONSULTA de la sentencia del 3 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 por el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA - FONPRECON, al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (RAIS) que realizó la señora ZORY YALIDA QUINTANA MOSQUERA a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., como lo consideró la a quo para confirmar o revocar la sentencia consultada.

La demandante como fundamento de sus pretensiones, señaló que nació el 11 de abril de 1953, el **2 de abril de 1990**, empezó a trabajar en el Congreso de la República de Colombia – Cámara de Representantes, como administradora de pensiones el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y el primero de febrero de 1996 se trasladó a la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS sin que ésta entidad le suministrara una información completa y veraz sobre consecuencias del traslado y la pérdida de los beneficios que ello implicaba.

Pretensión a la que se opusieron las demandadas, señalando que la afiliación de la demandante al RAIS tiene plena validez, porque la AFP COLFONDOS S.A. le suministró la información conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993 vigente al momento del traslado; que admitir el traslado de la demandante 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 para adoptar la decisión de traslado, 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, también por las Cajas y Fondos de Pensiones creados antes de la expedición de la ley 100 con ese propósito y que aún subsisten, como el Fondo de Previsión Social del Congreso de la República y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por los fondos privados, en este caso por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS 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”.

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

Luego, a partir de los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales es claro que a la AFP del régimen de ahorro individual con solidaridad COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS 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 demandada no cumplió esa carga probatoria; pues la prueba documental aportada con la demanda (archivo 01, fls. 76 a 157), como por COLPENSIONES (03 carpeta administrativa) y la AFP COLFONDOS S.A. (archivo 09, fls. 10 a 12) solo indica que la señora ZORY YALIDA QUINTANA MOSQUERA cotizó al régimen de prima media con prestación definida en el FONDO DE PREVISIÓN SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA del **4 de abril al 19 de julio de 1990** y del **8 de octubre de 1992 al 31 de enero de 1996** (archivo 01, fl. 131, certificado de información laboral, formato No. 1).

El **primero de febrero de 1996** se trasladó a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, como lo aceptó la citada entidad al contestar el hecho sexto de la demanda, aunque en el formulario de vinculación que aportó tiene fecha de suscripción en el mes de septiembre de 1998 (archivo 09, fls. 10 y 11), sin que la demandada aportara prueba diferente a la descrita acerca del contenido y alcance de la información que le suministró al momento de la vinculación de la demandante.

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

Tampoco el que la demandante haya suscrito el formulario de afiliación voluntariamente y permaneciera en el RAIS más de 23 años, sin adelantar gestión alguna para retornar al régimen de prima media, no exime a la AFP demandada del cumplimiento del deber legal de información, cuyo acatamiento no probó. Por el contrario, COLFONDOS S.A. al contestar la demanda admitió que no tiene

prueba que demuestre que le suministró a la demandante información clara y completa sobre los regímenes pensionales y sobre los efectos del traslado porque la asesoría fue verbal.

De manera que, no puede considerarse cumplida la exigencia legal de asesoría a cargo de las AFP COLFONDOS S.A. con la sola suscripción del formulario de afiliación, porque aquí de lo que se trata es que la entidad pruebe la información profesional, experta y competitiva que le proporcionó 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 consultada,

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 las demandadas que la demandante no probó que se comprometió su libertad de elección de régimen pensional o algún vicio del consentimiento, 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 alegaron Colpensiones y Colfondos, lo cual no acató esta última entidad y torna ineficaz el traslado.

Como resultado, al no probarse que la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS 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 saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante que hubiere 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 consultada, lo que en este caso le garantiza al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República que el reintegro corresponda a las mismas sumas que hubiera recibido si la afiliada hubiera seguido cotizando en el RPMPD, imponiéndose la confirmación de la sentencia consultada.

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, la AFP COLFONDOS S.A. demandada en este proceso debe devolver al FONDO DE PREVISIÓN

SOCIAL DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA, FONPRECON, como administradora del **régimen de prima media con prestación definida** y responde por el reconocimiento y pago de pensiones de sus afiliados, 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 al citado Fondo.

Luego, le corresponde al Fondo de Previsión Social del Congreso de la República, al momento del traslado de los valores ordenados a COLFONDOS S.A., verificar que las sumas que reciba correspondan a las referidas en precedencia y se ajusten a los precisos mandatos legales y precedentes jurisprudenciales citados.

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 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.

Finalmente, el que la afiliada sea o no beneficiaria del régimen de transición o no tenga un derecho consolidado no releva a la Administradora de Fondo de Pensiones de darle la información completa y eficaz a todos sus clientes, porque la normativa que gobierna la materia no hace exclusiones.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1452-2019, señaló:

“De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”.

Como consecuencia, la sentencia consultada se ajusta a derecho y se confirmará.

No se 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: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 3 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 la AFP demandada, se ajusten a los precisos mandatos legales y precedentes jurisprudenciales citados, como quedó explicado.

Segundo: Sin costas en esta instancia judicial.

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

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: **f827aeb395a762daddc81d4d4ef73c79bba47a7d7ceb600da1c7369da84b2eb4**

Documento generado en 31/03/2022 03:49:31 PM

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

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