

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE TUNJA**



SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ
Aprobado Según Acta No.30

Tunja, trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

I-. OBJETO POR DECIDIR.

El **grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A.**, contra la sentencia del **11 de febrero del 2021**, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Tunja, en el proceso ordinario de la referencia.

II-. EL LITIGIO. (*Archivo 1, pág. 109*):

LISBETH ORDOÑEZ CASALLAS promovió demanda ordinaria¹ contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, La sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A y Colfondos pensiones y cesantías**, para que se declare la nulidad de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad. En consecuencia, se active la afiliación en Colpensiones, se actualice la historia laboral, se condene a los derechos ultra y extra petita.

Indicó que, se configuró un vicio en el consentimiento por error de hecho, pues no se brindó una asesoría la cual fuera clara, completa, comprensible respecto de las ventajas y desventajas que se tendrían por el cambio de régimen.

¹ Admitida el 27 de junio de 2019 (*archivo 1 fl.152*)

Como fundamentos fácticos adujo que:

- Nació el **12 de diciembre de 1963**
- Se afilió al **ISS el 16 de abril de 1984.**
- El **21 de abril de 1998**, se afilió a **Porvenir S.A.**
- El **30 de junio de 2015** se trasladó a **la A.F.P COLFONDOS.**

Contestación de la Demanda.

1.- La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones (*Archivo 1, pág.185*)

Se opuso a las pretensiones². En su defensa señaló que existe legalidad en el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro individual, dado que dicho traslado se realizó con plena voluntad de la afiliada, por lo cual suscribió el formulario respectivo.

Propuso excepciones de fondo, entre otras, la de “*Prescripción*”.

2.- Porvenir S.A. (*Archivo 1, pág. 269.*)

Se opuso a las pretensiones.³ En su defensa indicó que, no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante en el momento de celebrar la afiliación a la A.F.P, la cual cumplió con su deber de información.

La demandante, de forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicio, suscribió formulario para realizar la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

² Se tuvo por contestada el 29 de agosto de 2019 (*Archivo 1 pág. 215*)

³ Se tuvo por contestada el 17 de octubre (*Archivo 1 pág. 285*)

Propuso excepciones de fondo, entre otras la de *Prescripción*.

3.- Colfondos. (*Archivo 1, pág. 315.*)

Se opuso a las pretensiones.⁴ Indicó que la A.F.P brindó información verbal y adecuada sobre las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual.

Propuso excepciones de mérito.

III.- PROVIDENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN Y CONSULTA.

El Juzgado de Conocimiento, en audiencia celebrada el **11 de febrero del 2021** resolvió: (*“1:20:20 min*)

“PRIMERO: *Declarar la ineficacia de la afiliación de traslado de la señora Lisbeth Ordóñez Casallas, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado hoy por la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A, a partir del 21 de abril de 1998.*

SEGUNDO: *Declarar la ineficacia de la afiliación y traslado de la señora Lisbeth Ordóñez Casallas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A, a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías COLFONDOS pensiones y cesantías a partir del 30 de junio de 2015.*

TERCERO: *Condenar a la sociedad COLFONDOS pensiones y cesantías, la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A, a que trasladen a favor de la señora Lisbeth Ordóñez Casallas y con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, todos los valores, aportes, bonos pensionales, intereses y rendimientos que hubiera recibido y tenga a su disposición como consecuencia de la afiliación de la señora Lisbeth Ordóñez Casallas, sin descontar valor alguno por administración.*

CUARTO: *Como consecuencia de lo anterior, se ordena a la Administradora Colombiana de pensiones COLPENSIONES, que, a partir de la ejecutoria de esta sentencia, se active la afiliación de la señora Lisbeth Ordóñez Casallas, en dicha administradora de pensiones COLPENSIONES, con efectos a partir del 16 de abril de 1984.*

QUINTO: *Declarar no probadas las excepciones de mérito, propuestas por los demandados.*

⁴ Se tuvo por contestada el 28 de noviembre de 2019

SEXTO: *Negar las demás pretensiones de la demanda.*

SEPTIMO: *Condenar en costas a la sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR y a COLFONDOS pensiones y cesantías, liquídense por secretaria Se señala como agencias en derecho, a cargo de cada una de estas administradoras de pensiones, la suma de un millón de pesos.*

OCTAVO: *Contra esta sentencia procede el recurso ordinario de apelación, súrtase el grado jurisdiccional de consulta ante la sala laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Tunja.”*

IV.-RECURSOS DE APELACIÓN.

1.- La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Solicita se revoque la sentencia, por cuanto al momento del trasladado únicamente debía aplicarse el Decreto 663 del 1993, el cual no contenía requisitos de asesoría y buen consejo.

Añade que, la Ley 100 de 1993, únicamente consagraba como requisito de validez la firma del formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, exigencia que se encuentra acreditada con la firma del demandante, sin que se hubiera acreditado vicio en el consentimiento o algún tipo de engaño por parte de la AFP; y, en cambio sí una permanencia dentro del régimen por más de 10 años.

Señala que, invertir la carga de la prueba en la totalidad de procesos de esta índole es tanto, como reconocer la ignorancia de la ley en todos los afiliados, desconociendo que el error de derecho no es justificable en los asuntos jurídicos.

Señala que, existe una prohibición de traslado en la que está inmersa el accionante, que en tales circunstancias implicaría una vulneración al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

2.- La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

En síntesis, solicita que se revoque la sentencia, pues la afiliación y traslado que se tuvo con la demandante fue de manera libre, autónoma y voluntaria. Así mismo, la demandante realizó las cotizaciones mes a mes a la A.F.P en mención.

La A.F.P realizó y brindó un servicio con la firma del formulario de afiliación, el cual fue aceptado con las condiciones allí plasmadas, sin que hiciera uso del derecho de retractación dentro de los términos legales dispuestos para ello.

Trae a colación el artículo 20 de la ley 100 de 1993, en el cual indica que los fondos de pensiones deben realizar un descuento por gastos de administración, por ello solicitó que, en caso de no revocarse la decisión de primera instancia en lo referente a la ineficacia del traslado, si se haga en cuanto a la devolución de gastos de administración por parte de la A.F.P PORVENIR S.A

V. ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA.

Porvenir S.A. Reiteró los planteamientos expuestos en la apelación, especialmente los concernientes a la información brindada al afiliado y que la imposibilidad de devolver las sumas que conforman el seguro previsional.

VI.- RAZONAMIENTOS QUE FUNDAMENTAN LA CONCLUSIÓN.

Los llamados *presupuestos procesales* se encuentran satisfechos. Así, al no existir nulidades se entrará a decidir de fondo.

a.- Marco de la Decisión.

De acuerdo con lo previsto en los artículos 66A -principio de la consonancia- y 69 grado jurisdiccional de consulta- del CPL y SS, la Sala analizará la procedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de la afiliación realizada del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual.

b.- Consideraciones Legales y Doctrinarias.

1.- De la Ineficacia del Traslado de Regímenes.

En *el sub lite* se pretende la “*nulidad*” del traslado realizado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, a efecto de permanecer afiliada a aquel, con fundamento en que, al momento de realizar dicho traslado, la **AFP** no le brindó la información suficiente, amplia ni oportuna que le permitiera conocer las consecuencias, implicaciones y desventajas que le traía el traslado de régimen.

Al respecto, en sentencia SL3051 del 7 de julio de 2021 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia⁵, se ocupó de precisar si en asuntos como el que nos ocupa, la vía correcta es la nulidad o la ineficacia, veamos:

*“Pues bien, esta Corporación es del criterio que la reacción del ordenamiento jurídico a la **afiliación desinformada es la ineficacia**, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por consiguiente, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, **debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas** (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC)”*⁶.

*Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador **es la ineficacia**. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general*

⁵ CSJ. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Radicación No. 88000.

⁶ “La ineficacia del acto posee las mismas consecuencias prácticas de la nulidad. Al respecto, la Sala Civil de esta Corporación ha sostenido que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, de suerte 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» (SC3201-2018).”

cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Si esto es claro, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL3464-2019, y especialmente la CSJ SL4360-2019).

Por lo anterior, habrá de modificarse el numeral primero de la decisión del a quo, en el sentido de indicar que lo procedente es declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad del mismo.”

Luego, debe entenderse que, si bien en el escrito introductorio se pretende la “nulidad” del traslado, tal pedimento se orientó al incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado, por lo que dicho análisis debe abordarse **como ineficacia y no desde el régimen de las nulidades, toda vez que no se requiere que el afiliado** demuestre la existencia de vicios del consentimiento. De manera que, resultó acertada la determinación del *a quo*, al realizar el análisis de las pretensiones de la demanda como ineficacia de traslado.

Precisado lo anterior, la sala procede a determinar si a la activa se le brindó oportunamente la información necesaria que requería para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar la decisión de traslado.

Ante ello, debe señalarse que, la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, esgrimió que las administradoras de pensiones constituyen un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados⁷, en quienes la Ley radica el deber de gestión de los intereses de las personas que a ellas se

⁷ Artículo 97, Ley 100 de 1993.

vinculen; cuyas obligaciones **surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de la afiliación.**

En ese orden, señala que la razón de la existencia de las administradoras, es la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas que resulten confiables; particularidad que las ubica en el campo de la responsabilidad profesional, imponiéndoseles el deber de cumplir principalmente con las obligaciones previstas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, con suma diligencia, prudencia, pericia y, además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones, cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

En el referido pronunciamiento, se advirtió de las obligaciones de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como son la **transparencia, vigilancia, y el deber de información**; último que **debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional**, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor, así como el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información; y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Se estima en el proveído, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se

persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora a la **AFP**.

Luego, al tenor de los lineamientos previstos por la Corte Suprema de Justicia, las entidades debían informar las diferentes alternativas e inconvenientes del régimen de ahorro individual. De no hacerlo la consecuencia es **la ineficacia del traslado** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual (*sentencia CSJ SL 12136 de 2014, radicado 46292*).

El anterior criterio fue reiterado en sentencia, **SL19447-2017**, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre 2017, en los siguientes términos:

“De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”

Ahora, debe verificarse si al momento del traslado de régimen, la demandante recibió la información correspondiente, siendo necesario puntualizar que, en relación con ese deber por parte de la administradora de pensiones, la carga de la prueba se encuentra en su cabeza, no solo por ser a quienes se atribuye el incumplimiento de la obligación de proporcionar información veraz y suficiente previo al traslado, sino además en virtud del principio de la carga dinámica de la prueba. Es entonces a la **AFP**, a quien corresponde acreditar que el traslado de régimen se realizó con el lleno de los requisitos legales, de manera libre, espontánea y sin presiones, brindando la información necesaria con los beneficios y desventajas.

En el presente asunto, obran lo siguientes medios probatorios:

- Nació el **12 de diciembre de 1963** (*Archivo 1 fl.4*)
- Se afilió al régimen de prima media el **16 de abril de 1984**. (*Archivo 1, fl.179*)
- El **21 de abril de 1998**, se afilió a **Porvenir S.A.** (*Archivo 1 fl.47*)
- El **30 de junio de 2015** se trasladó a la **A.F.P Colfondos**. (*Archivo 1 fl.48*)

Lo anterior deja en evidencia que la actora estuvo afiliada al régimen de prima media, administrado hoy por Colpensiones, y posteriormente se trasladó al de ahorro individual. Entonces, de conformidad con el marco jurisprudencial reseñado, y como quiera que no se evidencia que **Porvenir S.A** hubiera suministrado la información completa y comprensible, orientando sobre las consecuencias de la elección del régimen pensional, con la ilustración suficiente de las diferentes alternativas, con sus beneficios y desventajas, se concluye que la información provista por la convocada a juicio al momento de la afiliación no cumplió con los lineamientos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los cuales se acogen.

De otra parte, valga precisar que la manifestación de voluntad y selección del régimen plasmado en el formulario de afiliación y la permanencia en el mismo, no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que se proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente; como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada. Nótese que no se trata de la formalidad fría de imponer una firma en un formulario, sino que es de tal

envergadura el acto de traslado para la vida de una persona, que se estima jurisprudencialmente, que aquel debe conllevar consentimiento informado.

Al respecto, en pronunciamiento jurisprudencial (**SL1452 de 2019**) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisó que el deber de información recae en los Fondos de Pensiones desde el momento de su creación, como se instituyó en el artículo 1º del Decreto 663 de 1993 -Estatuto orgánico del sistema financiero-; resalta, además, la doble condición de estos, como sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social. Allí concluyó:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.”

Así mismo, en la mencionada decisión la alta corporación, precisó que las AFP cuentan con una posición de preeminencia frente a los usuarios. *“Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera”*

A la par, estableció que la obligación de los fondos de pensiones de operar con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, ***“como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados”***. Luego, es posible colegir que el deber de información a

cargo de las administradoras de pensiones **involucra a todos los interesados (afiliados) sin que haya lugar a ninguna distinción en cuanto a las profesiones y títulos académicos**, en el entendido que la información suministrada debe ser fidedigna, pues tiene como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

En este punto, se hace necesario señalar que si bien en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha manifestado sobre los traslados horizontales dentro del RAIS como actos de relacionamiento⁸, del análisis en conjunto de la jurisprudencia emitida al respecto, queda claro que ha expuesto es la necesidad de que aparezca que se brindó una información suficiente para romper la desvirtuada “asimetría” que existe entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, para lo cual ha de estudiarse caso por caso, sin que se pueda concluir, de manera general, que el traslado entre administradoras al interior del RAIS o la permanencia en éste por prolongado tiempo, muestren que se rompió ese desequilibrio.⁹

Asimismo, esta colegiatura acata y aplica los actuales derroteros jurisprudenciales que la Sala Laboral de la CSJ, por ende, decisiones anteriores y contrarias no son aplicadas por cuanto estarían en contravía del actual criterio jurisprudencial.

Frente al desconocimiento de la prohibición de trasladarse dentro de los últimos 10 años anteriores al cumplimiento de la edad señalada la Ley 797 del 2003, debe puntualizarse que no guarda relación intrínseca con lo aquí estudiado, puesto que en el *sub lite* se analizó la ineficacia del traslado por falta de información, sin que se trate de los requisitos para cambio de régimen pensional.

Por lo anterior, resulta ineficaz el traslado y, en consecuencia, debe ordenarse a las **AFP Porvenir S.A. y Colfondos**, trasladar a Colpensiones todos los valores

⁸ SL3572 de 2020; SL 1061-2021 de 22 de febrero y SL 2753-2021 de 15 de junio

⁹ Criterio expuesto por esta Corporación entre otras, en sentencia proferida el 5 de agosto de 2021 M.P. Fanny Elizabeth Robles Martínez, Proceso N°2021-1227

que hagan parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante para que continúe en el régimen de prima media con prestación definida, según los efectos que a continuación se precisan:

2.- Consecuencias de la Ineficacia del Traslado.

Sobre las implicaciones de la ineficacia del traslado, debe señalarse que en las sentencias SL1688-2019 y SL3464-2019, la Sala Laboral de la CSJ, expuso que las consecuencias de nulidad son idénticas a la ineficacia, para lo cual se fundamentó en la sentencia de la Sala Civil SC3201-2018, donde se indicó:

«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»

Asimismo, esa **corporación ha precisado que el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del CC., y por analogía es aplicable a la ineficacia.** Es decir que, declarada la ineficacia, las partes, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación.

En sentencia **SL4989-2018**, se rememoró lo expuesto en las sentencias SL17595-2017, y Radicación No. 31989 del 2008, en la que se dijo:

“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, adoctrino:

[...]

“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 ”

De igual manera, esta colegiatura se ha pronunciado en diferentes oportunidades frente al tema, así¹⁰:

*“Como consecuencia de esa declaratoria la AFP (...), debe restituir todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, 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 concluyó el a-quo, lo que garantiza a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que el reintegro corresponda a las mismas sumas que hubiera recibido, si la afiliada hubiera seguido cotizando en el RPM y contribuye a la sostenibilidad financiera del sistema.*

(...) Criterio reiterado en la sentencia SL4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al indicar:

“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 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 SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”. SE RESALTA

Lo cual guarda consonancia con lo indicado en la sentencia SL2817 de 2019, que reiteró: “En consecuencia, ante la ineficacia de la afiliación de la actora a COLFONDOS S. A. y su retorno al RPMPD, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, la primera AFP deberá “devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración” a la segunda, conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989”

De esta manera, le corresponde a Colpensiones, al momento del traslado de los valores ordenados a Protección S.A verificar que las sumas que reciba,

¹⁰ Ver, entre otras sentencias Ordinario No. 15001-31-05-003-2019-00189-01 (2020-1303). MP María Isbelia Fonseca 13 de noviembre del 2020.

correspondan a las referidas en precedencia y se ajusten a los precisos mandatos legales y precedentes jurisprudenciales.”

Así mismo, en sentencia SL2207 del 26 de mayo de 2021, la Sala Laboral de la Corte Suprema¹¹, se refirió puntualmente a la obligación de la AFP de trasladar a Colpensiones el valor de los porcentajes destinados a financiar los gastos de administración, de la siguiente manera:

“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

¹¹ Criterio reiterado en sentencia SL3051 del 7 de julio de 2021.

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.”*

Visto lo anterior, los efectos de la ineficacia de traslado se encuentran plenamente definidos por la superioridad judicial, toda vez que ha definido que la consecuencia de dicha declaración es la devolución de **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, la devolución de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**.

Por ende, debe ordenarse a las **AFP Porvenir S.A. y Colfondos**, trasladar a Colpensiones todos los valores conforme quedó explicado en las sentencias citadas, es decir que, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS *“debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos*

privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.” (Ver sentencia SL2877 del 29 de julio del 2020).

Además, la alta corporación precisó que la AFP “*debe no solamente devolver las cosas al estado en que se encontraban, reintegrando los valores en la cuenta de ahorro individual, sino que debe así mismo asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, tales como los gastos de administración.*” (Ver sentencia SL3984 del 5 de octubre del 2020). Lo cual no atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben trasladar las AFP a Colpensiones se utilizarán para el reconocimiento del derecho pensional (SL2877-2020).

Luego, el capital ahorrado por el afiliado en las AFP debe ser trasladado a la administradora del régimen de prima media, de manera plena, **sin descuento alguno**. De esta manera, 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.

Finalmente, se debe señalar que, es criterio de la sala en aplicación del artículo 365 CGP, que las costas en segunda instancia proceden en caso de controversia en la misma, la que en este caso NO se presentó pues la parte demandante no radicó alegatos en esta instancia.

Por tanto, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

Agotada la competencia de la Sala por el estudio de los motivos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, conforme las motivaciones que preceden, se **CONFIRMARÁ** la decisión de primer grado, con la precisión que las

restituciones a cargo de las AFP, se ajusten a los precisos mandatos legales y precedentes jurisprudenciales citados, como quedó explicado.

VII. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la decisión impugnada y consultada, con la precisión que las restituciones a cargo de las AFP, se ajusten a los precisos mandatos legales y precedentes jurisprudenciales citados.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Devuélvase por Secretaría el expediente al juzgado de origen, dejando las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ

FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ

MARIA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ

Firmado Por:

Julio Enrique Mogollon Gonzalez
Magistrado
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Tunja - Boyaca

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

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

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

Código de verificación:
f78ad481cec65e718e49c8a6b4f55ba639180edc02ca6da0a7b1b6b055b3fcde
Documento generado en 13/08/2021 09:38:20 AM