

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE TUNJA**



SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ
Aprobado en Acta No.031

Tunja, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

I-. OBJETO POR DECIDIR.

El grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, Protección y Porvenir, contra la sentencia del 29 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja, en el proceso ordinario de la referencia.

II-. EL LITIGIO. (Carpeta No.1):

Azucena Mateus Esteves promovió demanda ordinaria¹ contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Porvenir y Protección S.A. para que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad. De manera subsidiaria solicitó la nulidad, por cuanto no se garantizó una decisión informada sobre los regímenes pensionales y las eventuales condiciones pensionales a las que tendría derecho.

Como consecuencia, se ordene trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales cotizados sin descuentos; condenar a la administradora colombiana de pensiones al reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad

¹ Admitida el 20 de febrero del 2020(Carpeta No. 1 fol 146)

con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003; se falle ultra y extra petita; se condene al pago de las costas y gastos del proceso.

Como fundamentos fácticos adujo que:

- Se afilió al ISS el 7 de marzo de 1986.
- En octubre de 1994, se afilió a Protección (*sic*).
- En noviembre de 1996 se trasladó a Porvenir.

Contestación de la Demanda.

1. La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones² (*Carpeta No. 3*)

Se opuso a las pretensiones. En su defensa señaló que, no se estructuran los presupuestos fácticos y jurídicos requeridos para que prosperen las pretensiones.

Precisó que el traslado de la demandante se realizó en 1994, época donde la condición previa de brindar asesoría no estaba establecida en el ordenamiento jurídico, por lo que procedería únicamente para aquellos traslados entre regímenes que se efectuaran a partir del 2014. Luego, en razón a que, se aduce la falta de información por parte las AFP, tal obligación solo surgió con posterioridad a la afiliación.

Asimismo, indicó que únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el sistema general de pensiones, pueden trasladarse en cualquier tiempo del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida.

² Se tuvo por contestada en auto del 1 de octubre del 2020 (*Carpeta No.14*)

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

2. Protección S.A.³ (Carpeta 13)

Se opuso a las pretensiones. Como fundamento sostuvo que la información suministrada se encuentra acorde a las disposiciones legales y a las de vigilancia y control que ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia.

Propuso excepciones de fondo.

3.- Porvenir SA.

Mediante auto del 1 de octubre del 2020, se tuvo por no contestada (Carpeta No. 14)

III.- PROVIDENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN Y CONSULTA.

El Juzgado de Conocimiento, en audiencia celebrada el 29 de abril del 2021 resolvió (46:01):

Primero.- Declarar ineficaz el traslado y afiliación en pensiones que realizó Azucena Mateus Esteves, identificada con cédula 51.648.098 del Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a la Administradora Fondo de Pensiones Protección S.A. y posteriormente a la Administradora Fondo de Pensiones Horizonte Hoy Porvenir S.A., acorde con lo señalado en la parte motiva de esta decisión. Debo aclarar que fue Administradora Fondo de Pensiones Protección, posteriormente Administradora de Fondos de Pensiones Horizonte S.A. y posteriormente Horizonte Hoy Porvenir S.A., pero también hubo el traslado a Porvenir S.A.

Segundo.- Declarar que la Administradora Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Porvenir S.A. deben trasladar ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de cotizaciones, aportes,

³ Se tuvo por contestada en auto del 1 de octubre del 2020 (Carpeta No.14)

bonos pensionales, rendimientos, intereses, comisiones sin lugar a descuentos por gastos de administración, ni seguro, previsional a favor de Azucena Mateus Esteves 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 Azucena Mateus Esteves teniendo en cuenta las cotizaciones desde la fecha inicial de afiliación, que lo fue un 7 de marzo del año 1986.*

Cuarto-. *Condenar a las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, Protección y Porvenir SA., para que en el término de un mes trasladen ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cotizaciones, aportes, bonos, pensionales rendimientos, así como frutos e intereses correspondientes a Azucena Mateus Esteves, sin lugar a descuentos por gastos de administración, ni por 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 reconoce la pensión de vejez a favor de Azucena Mateus Esteves, con cargo a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que fuera modificada.*

Sexto-. *Reconocer la pensión de vejez a favor de Azucena Mateus Esteves con cargo a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones en la suma de \$2.053.643, liquidada a partir del 1º de febrero del 2021. El despacho debe adicionar que podrá ser reliquidada dependiendo del momento en que se devuelva la totalidad del ahorro por las administradoras dentro del RAIS.*

Séptimo-. *Se condena en costas a la Administradora Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Protección S.A., fijando como agencias en derecho, la suma de \$1.200.000, para cada una de las demandadas, como se señalara en la parte motiva. Sin costas en contra de Colpensiones.*

Octavo.- *Se ordena la consulta de esta decisión por mandato del artículo 69 del Código de procedimiento laboral y por cobijar a Colpensiones en caso que no fuere apelada.*

Aclaración (minuto 49:25)

Finalmente me permito aclarar el numeral sexto al que se ha hecho mención frente al reconocimiento de la pensión de vejez, en una suma determinada, agregó, es que el despacho la liquidó a partir del 1º de febrero del 2021. Sin embargo, ello no obsta, para que la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, la reliquide con la totalidad del ahorro que se le envía, teniendo en cuenta que estaba supeditado en el tiempo y que por supuesto, la señora Azucena Mateus Esteves está aún cotizando en esa medida podría no variar la suma de desmejorar obviamente, sino tener las posteriores cotizaciones que se hagan, porque se tiene conocimiento que aún está obviamente cotizando al sistema. En ese entendido, la aclaración al numeral sexto de la sentencia.

(...)

Por lo anterior, entonces el despacho adiciona el numeral noveno, adicionando por supuesto, lo mencionado, acorde con lo solicitado por la parte demandante, en los siguientes términos.

Adición (minuto 51:31)

Noveno: *Se ordena a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a dictar el correspondiente acto administrativo en relación con el reconocimiento de la pensión en la forma como fuera ordenado en esta sentencia, dentro del mes siguiente a la devolución de la totalidad del ahorro que se ha mencionado en esta sentencia a favor de Azucena Mateus Esteves por parte de Porvenir SA y Protección S.A. caso en el cual debe incluir y ordenar el pago del retroactivo de las mesadas pensionales que se generen acorde con lo señalado en el numeral sexto de esta sentencia.*

Hasta aquí la adición. Notificado en estrados.”

IV.-RECURSOS DE APELACIÓN.

1.- La Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Solicita se revoque la sentencia, por cuanto al momento del traslado únicamente debía aplicarse el Decreto 663 del 1993, el cual no contenía requisitos de asesoría y buen consejo. Añade que, el artículo 13 de 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 presente con la firma de la demandante, sin que se hubiera acreditado vicio en el consentimiento o algún tipo de engaño por parte de la AFP.

Y, que con posterioridad el Legislador expidió la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, con el que se empieza a hablar del deber de asesoría y buen consejo. Asimismo, la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, que reglamenta la obligatoriedad de entregar proyecciones comparativas entre uno u otro régimen, siendo obligaciones que no estaban vigentes al momento del traslado.

Señala que, no comparte la inversión de la carga de la prueba en contra de la AFP, por cuanto ello implicaría aceptar una presunta ignorancia de la ley por parte de la totalidad de los afiliados para considerarlos como una parte débil e inexperta, desconociendo que el error de derecho no es justificable en los negocios jurídicos y mucho menos para buscar un aprovechamiento pensional en atención a que dentro del presente asunto la información que se echa de menos por la parte actora se encuentra consagrada en una norma de carácter nacional que impone su conocimiento a la totalidad de los afiliados.

Tampoco, cumple con los requisitos para efectuar el traslado, por cuanto, le faltan menos de 10 años para obtener el derecho pensional. Por ende, insta a que se exonere de activar nuevamente la afiliación al fondo régimen de prima media, toda vez que, existe una prohibición de traslado en la que está inmersa la accionante, que en tales circunstancias implicaría una vulneración al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional. Y, alude que, en caso de no revocarse la decisión se ordene que los aportes trasladados sean indexados.

Frente al reconocimiento del derecho pensional, señala que aún no es procedente, por cuanto la actora actualmente se encuentra vinculada en el régimen de ahorro individual con solidaridad y hasta que se trasladen los aportes para actualizar la historia laboral y reactivar la afiliación es posible estudiar el eventual reconocimiento de una pensión conforme los requisitos en el régimen de prima media.

Finalmente señala que, al imponerse la obligación de reconocer la prestación en el término de un mes una vez recibidos los aportes, se desconoce el artículo 9 de la Ley 797 2003, que otorga un término de 4 meses después de radicada la solicitud. Así mismo, señala que para el reconocimiento debe acreditarse efectivamente el retiro del sistema pensional, circunstancia que no se observa en del presente proceso.

2.- Protección S.A

Alude que, no es posible acceder a la devolución total de los dineros, por cuanto el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, indica que el 3% del IBC de los afiliados se destina a un pago de administración y seguro previsional. Por ende, los valores fueron descontados y pagados de buena fe, razón por la que no se puede solicitar la devolución.

Finalmente, solicita que en caso de no revocarse la decisión se otorgue un término prudencial para el cumplimiento de la sentencia.

3.- Porvenir.

Solicita se revoque la decisión, por cuanto el sustento legal de la declaratoria del régimen de eficacia aplicable a la jurisdicción laboral es el artículo 271 de la Ley 100 del año 1993, que refiere un acto de afiliación.

No comparte la apreciación respecto al deber de información consagrado en el Decreto 663 de 1993, que en su artículo 97, lo único que señalaba era una información necesaria y no extensiva frente a la asesoría. Además, existió una decisión libre y voluntaria frente al traslado según el acto jurídico.

Alude que, la Ley 1328 del año 2009 artículo 9, señala claramente las entidades vigiladas y el mínimo de información que se debía dar a aquellos consumidores financieros. Luego, no existía obligación del fondo de pensiones y por ello, no hay soportes de prueba por parte de ninguna AFP, pues recalca que antes del 2009, no era obligatorio.

Precisa que, no se evidenció dentro del presente asunto el acto atentatorio doloso, por cuanto el traslado se surtió ante la libre escogencia del régimen y a la permanencia en el RAIS en diferentes fondos, por lo que de forma tácita la afiliada manifestó su deseo de permanencia por más de 20 años.

Señala que, no se demostró que la AFP hubiera actuado con mala fe, por lo que en aplicación del artículo 964 (*sic*), la devolución de los frutos debe ser desde cuando fue notificada. En su sentir, esas son las consecuencias que conllevan las restituciones mutuas en aplicación del artículo 1746 del Código Civil.

Manifiesta que las sumas de dinero por concepto de gastos de administración no pueden ser devueltas, pues han sido ejecutadas con ocasión a la afiliación, además nunca pertenecieron a la cuenta individual del afiliado. Tampoco acepta una posición respecto a que se trata de un derecho pensional, pues en su sentir se discute la declaratoria de ineficacia o nulidad del acto de traslado de régimen.

V.-ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

1.- Parte Actora. Solicita se desestimen los recursos formulados y se confirme la decisión.

2.-De la Pasiva.

2-1.- Colpensiones. Insta que se revoque la decisión y se condene en costas a la demandante.

2-2. Protección SA. Reiteró los planteamientos expuestos en la apelación.

2.3. Porvenir. No presentó alegaciones.

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 dos aspectos fundamentales: *i)* 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; *ii)* Consecuencias de la ineficacia del traslado; *ii)* Reconocimiento de la pensión de vejez.

b.- Consideraciones Legales y Doctrinarias.

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

1.- De la Ineficacia del Traslado de Regímenes.

En el *sub lite*, se pretende la ineficacia 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 les traía el traslado de régimen.

Para desatar dicho planteamiento, la sala se fundamenta en el criterio plasmado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, donde se esgrimió que las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados⁴, en quienes la Ley radica el deber de gestión de los intereses de las personas que a ellas se 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. Particularidades que las ubica en el campo de la responsabilidad profesional, imponiéndoles el deber de cumplir, con suma diligencia, especialmente con las obligaciones previstas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, con prudencia y 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

⁴ Artículo 97, Ley 100 de 1993.

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 esos lineamientos, la entidad debía cumplir con el deber de informar las diferentes alternativas e inconvenientes del régimen de ahorro individual. Que, de no hacerlo, trae como consecuencia **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, de la prueba documental allegada tenemos:

- Nació el 4 de octubre de 1960 (*Fol. 31 Carpeta 1*)
- Según reporte de semanas cotizadas en pensiones de Colpensiones actualizado a 12 de marzo del 2020, registra afiliación desde el **7 de marzo de 1986** (*fols. 60 y ss Carpeta No.1*).
- El **11 de agosto de 1994**, se afilió a la AFP Protección (*Carpeta No. 47*), efectiva a partir del **1 de septiembre de 1994** (*fol. 36 Carpeta No. 13*).
- A partir de **noviembre de 1996**, se trasladó a la Porvenir (*fol. 47 Carpeta No. 1*)

Lo anterior deja en evidencia que la activa estuvo afiliada al RPM que hoy administra Colpensiones, y posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual. Entonces, de conformidad con el marco jurisprudencial reseñado, y como quiera que no se evidencia que **Protección** (*AFP a la que se trasladó inicialmente*), 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. 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 de régimen 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 acarree, 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»*, exigencia que no se satisface por el solo hecho que la demandante ostente un nivel de educación profesional.

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 realizado a **Protección** (AFP a la que se trasladó inicialmente). En consecuencia, debe ordenarse a las AFP accionadas trasladar a Colpensiones todos los valores 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, 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 ”

De igual manera, esta colegiatura se ha pronunciado en diferentes oportunidades frente al tema, así⁵:

*“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,

⁵ 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 Suprema⁶, 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

⁶ 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 determinados 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 Protección y Porvenir** 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.

Frente al pedimento realizado por la AFP Protección referente a que, en caso de no revocarse la decisión se otorgue un lapso prudencial para su cumplimiento, la sala considera que, el término de un mes otorgado por el *a quo* para el traslado de los aportes y demás conceptos ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones **es razonable**. Ello, debido a que la apelante únicamente solicitó un tiempo *“prudencial”*, sin explicar ni fundamentar razones que ameritara la extensión del mismo,

3.- Reconocimiento Pensión de Vejez.

En el asunto analizado el *a quo*, reconoció la prestación pensional a cargo de Colpensiones a partir del **1 de febrero de 2021**, e indicó que ello no obsta para que el beneficio sea reliquidado con la totalidad del ahorro remitido; junto con el pago del retroactivo.

Ante tal escenario se debe indicar que, procede el estudio del derecho pensional, pues ante la declaratoria de **ineficacia del traslado** la activa retorna al régimen de prima media como si el acto de traslado jamás hubiera existido. De esta forma, lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia complementaria SL4360 de 2019:

“Trayendo a colación lo expuesto y como quiera que en este caso es una medida factible la vuelta al statu quo ante, la Sala declarará la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico al traslado, bajo la ficción jurídica de que Gloria Inés Restrepo nunca migró al régimen privado de pensiones o, más bien, siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, no perdió los beneficios de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues contaba con más de 35 años de edad al 1.º de abril de 1994 y bajo las reglas del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 alcanzó la densidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez.”

Ahora, con relación a si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, normativa fue modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, que consagra como requisitos para acceder a la pensión, cumplir cincuenta y cinco (55) años si es mujer (*a partir del 1º de enero del año 2014, la edad se incrementó a 57 años*), y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo, siendo que desde el 1º de enero del 2005, el número de semanas se incrementó en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En el caso en estudio, no existe discusión que la demandante nació el 4 de octubre de 1960 (*fol. 31 carpeta No. 1*), es decir que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2017. Asimismo, el historial laboral consolidado de Porvenir (*carpeta No. 42*), reporta un total de semanas de 1532, a enero del 2021. Por ende, se concluye que la afiliada cuenta con el número mínimo de cotizaciones y con el requisito de la edad para que le sea concedida la pensión de vejez solicitada.

En lo que respecta al momento desde el cual debe concederse la prestación, debe señalarse que, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990⁷, establece como requisito para el disfrute de la pensión de vejez, la desafiliación del sistema, presupuesto que mantuvo vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, por expresa disposición del artículo 31 de la mencionada ley. Y en casos como el que estudiamos, la Sala Laboral de la CSJ en sentencia SL381-2021, precisó que es posible reconocer la prestación a partir la voluntad de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión, en los siguientes términos:

“De manera reiterada esta corporación ha dicho que el disfrute de la pensión de vejez está condicionado, en principio, a la desafiliación formal del sistema, tal y como se señaló en la sentencia CSJ SL15091-2015:

(...)

Véase además que las anteriores normas, respetan la voluntad del afiliado de seguir cotizando para mejorar su prestación, conforme lo permite el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, que reza:

[...] Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes

No obstante, sobre el tema ha establecido esta Sala que existen actos inequívocos, que permiten deducir la intención de la persona de dejar de cotizar; tesis expuesta entre otras en sentencia CSJ SL5603-2016, en la cual se

⁷ **ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ.** *La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.*

dijo:

[...] En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia. [...]

En el asunto analizado, se advierte que al momento en que se profirió la decisión de instancia, se determinó que la demandante mantenía vigente el vínculo laboral, determinación que valga señalar no fue objeto de reproche. Por ende, es posible colegir que no se avizoran actos inequívocos que permitan deducir la intención de la afiliada en dejar de cotizar. Razón por la que no resultaba posible el reconocimiento a partir del 1 de febrero de 2021, toda vez que para el caso de autos el disfrute de la pensión de vejez está condicionado a la desafiliación formal del sistema, el cual surge como consecuencia del retiro del servicio. Por ende, se modificará la decisión en dicho aspecto.

Precisado lo anterior, es posible colegir que, resultaba procedente el reconocimiento de la pensión de vejez, pero con la claridad que esta solo se hace exigible con posterioridad a la sentencia ante la circunstancia particular del estado actual de las cotizaciones; situación que, de contera desvirtúa un eventual pago de retroactivo pues se reitera, que el derecho a la pensión hasta ahora se hace exigible.

Así mismo, le asiste razón a Colpensiones, en el sentido que el reconocimiento (*pensional*) deberá realizarlo la Administradora Colombiana de Pensiones dentro de los **4 meses siguientes** a partir de que reciba todos los conceptos que se ordenan en esta sentencia y que sean girados por las AFP (*artículo 33 Ley 100/93*).

Y, con similares argumentos se modificará lo concerniente al monto de la pensión cuantificado por el *a quo*, pues, hasta tanto no se cuente con los recursos girados por las AFP, **Colpensiones no tendrá el IBC real**, a partir del cual

liquidará la prestación en el porcentaje legal conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, se debe anotar que no se puede desligar a los Fondos Privados de Pensiones de la obligación que tienen de trasladar los aportes en su totalidad, ante la declaratoria de ineficacia realizada. Por ello, se entiende acertado el término de 30 días con el propósito que las AFP realicen el traslado completo a la **Administradora Colombiana de Pensiones** – en los términos indicados, con el propósito que una vez superado tal lapso y recibido el traslado, Colpensiones tiene la obligación de reconocer la pensión de vejez dentro del término legal consagrado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, sin que sea necesario que la demandante efectúe reclamación, pues dentro de esta actuación han quedado acreditados los requisitos para obtener el derecho.

Costas

En cuanto a las costas de segunda instancia, es criterio de la sala en aplicación del artículo 365 del CGP, que estas proceden en caso de controversia en la esta sede judicial. Luego su imposición está supeditada a tal punto, por lo que en este caso se tendrán por causadas al presentarse alegatos en término por la demandante, es decir se condenará a Protección y a Porvenir puesto que su recurso no prosperó.

Agotada la competencia de la sala por el estudio de los motivos de apelación, conforme las motivaciones que preceden, se **modificará** en lo concerniente al reconocimiento de la pensión de vejez; y se **confirmará** en todo lo demás, 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.

VIII. 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: Modificar los siguientes numerales de la sentencia impugnada y consultada, los que quedarán así:

***Quinto.-** Reconocer la pensión de vejez a favor de Azucena Mateus Esteves y a cargo de Colpensiones a partir del momento en que demuestre su retiro del sistema y con fundamento en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 del año 2003, **cuya cuantificación se hará en los términos del artículo 34.** Reconocimiento que debe efectuar dentro del plazo legal consagrado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, una vez realizado el traslado conforme lo dispuesto, por parte de las AFP Protección y Porvenir, en los términos analizados en la parte motiva de esta sentencia, sin que sea necesario que la demandante efectúe reclamación, pues dentro de esta actuación han quedado acreditados los requisitos para obtener el derecho.*

***Sexto.-** Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a pagar a favor de Azucena Mateus Esteves la pensión de vejez a partir del retiro del sistema, reajustada año tras año, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.*

SEGUNDO: REVOCAR el numeral noveno.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de 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.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección y Porvenir, y a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ

FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ
Ausencia justificada.

MARIA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ

AUTO.

El Magistrado Ponente fija como agencias en derecho en esta instancia, **1** smlmv, a cargo de cada una de las demandadas **Protección** y **Porvenir** y a favor de la demandante.

JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN 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

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:
4f2663b45bdd67a04551aae6482b72422d83e47a84a42c43cc4c14883b5e048a
Documento generado en 20/08/2021 02:48:11 PM