



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA
SALA LABORAL

ORDINARIO No. 1500131050042020000155-01 (2021-1243)

ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA

DEMANDANTE: MARIA DOLORES PUERTO MEDINA

DEMANDADOS: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.,
COLFONDOS S.A.

MAGISTRADA PONENTE
FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ

Acta No. 027

Tunja, cinco (5) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia de 30 de abril de 2021, así como el grado jurisdiccional de consulta.

A N T E C E D E N T E S

MARIA DOLORES PUERTO MEDINA entabla demanda laboral¹ en contra de COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, para que se declare la ineficacia del traslado a éstas AFPs, por haber faltado al deber de información amplia y suficiente sobre el régimen pensional de ahorro individual con solidaridad y sus condiciones, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del Decreto 656 de 1994. En consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A. trasladar los aportes y rendimientos sin deducir costos administrativos o del fondo de solidaridad, a COLPENSIONES. Así mismo, se condene a ésta a activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, desde la fecha inicial de afiliación. Se profiera fallo ultra y extra petita y se condene a las demandadas a pagar las costas.

Expuso como **HECHOS** que, nació el 27 de agosto de 1962. se afilió al extinto ISS en el mes de junio de 1986; en septiembre del año 2000 suscribió formulario de afiliación con la AFP COLFONDOS trasladándose del régimen de prima media con prestación definida

¹ Demanda. Folios PDF 1-13, archivo digital 01.

al de ahorro con solidaridad individual y posteriormente, en diciembre de 2006, realizó movilidad a la AFP PROTECCIÓN S.A. Al momento de firmar el formulario presentado por COLFONDOS, no se le informó sobre las ventajas y desventajas del RAIS, ni su reglamento y modalidades, para realizar una afiliación libre y consciente. Esta Administradora faltó al deber de informarle acerca del retractor, sólo le mencionó que podría pensionarse a cualquier edad, con una tasa de reemplazo superior a la que le otorgaría el RPM, que la mesada pensional sería superior. No le informó que el reconocimiento y monto de pensión de vejez dependían del valor que acumulara como capital, ni que para poderse pensionar debía acumular un capital superior al 110% del mismo, ni la posibilidad de retomo al régimen de prima media con prestación definida; no hubo proyección de su mesada pensional, no brindó asesorías periódicas sobre los rendimientos.

El 18 de noviembre de 2019 solicitó la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro con solidaridad ante Colfondos S A y el 3 de diciembre de 2019, ésta respondió que no tenía copia de los documentos que prueben la asesoría brindada al momento de su afiliación, siendo el único soporte el formulario de afiliación, El 18 de noviembre de 2019, solicitó la ineficacia del traslado del régimen ante Protección S.A. y ante Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES² se opone a la prosperidad de las pretensiones, por carecer de sustento fáctico y legal. Indica que es legal la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, teniendo en cuenta que se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia lo solicitó suscribiendo el formulario de la vinculación a la A.F.P COLFONDOS en septiembre de 2000 y posteriormente a PROTECCIÓN S.A. en diciembre de 2006; no se configuraron vicios de consentimiento. La solicitud de traslado al RPM se presentó ante COLPENSIONES el 18 de noviembre de 2019, cuando la demandante estaba inmersa en la prohibición consagrada en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, literal e, y como no cuenta con 15 años de cotizaciones para el 1º de abril de 1994, resulta improcedente su traslado.

La obligación de brindar asesoría solamente se fijó como condición previa para el traslado en el año 2014. La demandante tenía deberes como consumidor financiero del Sistema General de Pensiones, tales como Informarse adecuadamente de las condiciones del Sistema General de Pensiones, aprovechar los mecanismos de divulgación de información y de capacitación, emplear la adecuada atención y

² Contestación. Colpensiones Folios PDF 1-19 archivo digital 12.

cuidado al momento de tomar decisiones en el traslado de administradora o de régimen, a los que se sustrajo convalidando su deseo de permanencia en el RAIS. El traslado se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia lo solicitó, suscribiendo el formulario.

No es posible que las AFP COLFONDOS SA y PROTECCIÓN SA trasladen los aportes cotizados por la accionante y Colpensiones los reciba y reactive la afiliación, pues se vulneraría el erario, generando un impacto en el PIB y en la reserva pensional. Para evitarlo, en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado es necesario devolver la totalidad de los recursos consignados y pagados por el afiliado en la AFP.

Indica que Colpensiones es un tercero dentro del presente asunto y no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión adoptada.

Presenta excepciones de mérito, entre ellas la prescripción

La **AFP COLFONDOS S.A.**³ se allana a algunas pretensiones. Sostiene que, para la fecha del traslado de la demandante, la asesoría a los afiliados se realizaba de manera presencial y verbal, indicándoles las características del régimen general de pensiones, ventajas y desventajas, pues ambos regímenes pensionales ofrecen ventajas, beneficios, bondades y desventajas a sus afiliados. Sus asesores están capacitados para presentar a los potenciales afiliados las características de ambos regímenes, y entregar información objetiva. No es cierto que COLFONDOS haya omitido información a la demandante y ésta no se encuentra vinculada con Colfondos S.A., por lo que su cuenta de ahorro individual se encuentra en ceros. No formula excepciones.

PROTECCIÓN S.A.⁴, Se opone a lo pretendido. Recalca que la demandante tuvo la información cierta y clara, sin que se pueda predicar que la indujo en error. Que se le advirtió de los beneficios y desventajas del traslado de régimen, ya que sus ejecutivos comerciales estaban plenamente capacitados para suministrar a sus potenciales clientes una asesoría concreta, veraz, completa, clara, oportuna. La actora suscribió el documento de afiliación a PROTECCIÓN S.A., en forma libre, espontánea y sin presiones, habiendo sido asesorada e informada de su derecho de retracto, que no ejerció. El traslado de régimen se sujeta a la presunción de validez porque se hizo de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, por lo que Colpensiones no puede activar ni recibir dineros pertenecientes a la cuenta individual de la demandante. Sostiene que no hay lugar a reconocer conceptos extra y ultra petita ni condena en costas.

³ Contestación Colfondos archivo digital numeral 14, folios PDF 1-7.

⁴ Contestación Protección S.A. Archivo digital 16, folios PDF 1-12

Presenta como excepciones: "falta de causa para pedir", "inexistencia de la obligación a cargo de Protección S.A.", "Cobro de lo no debido", "buena fe", "innominada o genérica".

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja, en audiencia pública del 30 de abril de 2021 profirió sentencia por la que resolvió:

"PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado de afiliación en pensiones que realizó la señora María Dolores Puerto Molina, identificada con la cédula de ciudadanía 23'581.953, del Instituto de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, al Fondo de Pensiones Colfondos, acorde con lo señalado en la parte motiva de esta decisión y que después migrara de este fondo a Protección S.A.

SEGUNDO: Declarar que las Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, Colfondos y Protección S.A. deben trasladar ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones la totalidad de las cotizaciones, aportes, bonos, pensionales, rendimientos, intereses, comisiones, sin lugar a descuentos por gastos de administración ni seguros previsionales a favor de la señora María Dolores Puerto Molina, de tal manera que tenga la totalidad de los aportes como si nunca se hubiera de traslado de régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, activar la afiliación de María Dolores Puerto Molina, teniendo en cuenta las cotizaciones desde la fecha inicial de cotización, que se refleja lo fue el 23 de mayo de 1986.

CUARTO: Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos y Protección S.A., 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 María Dolores Puerto Molina, sin lugar a descuentos por gastos de administración, ni seguro previsional, de tal manera que tenga la totalidad de los aportes como si nunca se hubiera trasladado del régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: Se condena en costas a las Administradoras Fondos de Pensiones Colfondos S.A. y Protección S.A. Se ordena que por secretaría se liquiden, se incluyen agencias en derecho, que para este efecto se fija para cada una de las demandas \$1'200.000 y sin costas en contra de Colpensiones.

SEXTO: Se ordena la consulta de esta decisión por mandato del artículo 69 del Código procesal del trabajo y de la Seguridad Social por cobijar a Colpensiones, entidad pública aquí demandada y en caso que no fuere apelada."

En audiencia del 28 de mayo de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja, profirió el siguiente auto:

"(...)el despacho mediante auto debe señalar que en cuanto se refiere a la sentencia emitida dentro del proceso 2020 155 debe leerse y tenerse en cuenta que se emitió frente a la decisión siendo demandante **María Dolores Puerto Medina y no Molina**, como en forma equivocada esta funcionaria judicial hizo mención (...)."

A P E L A C I Ó N

COLPENSIONES, Interpone recurso de apelación para que se revoque la sentencia. Reitera que la decisión de la demandante fue libre y voluntaria; que el hecho de que la demandante no sea experta en el tema pensional no significa que se abstenga de sus deberes como afiliada, tales como informarse, utilizar los mecanismos de divulgación, emplear atención y cuidado adecuado y con el silencio por más de 20 años se entiende que es una decisión consciente y que quiso permanecer en dicho régimen. La afiliación es un contrato bilateral, por lo que existen obligaciones recíprocas y la ignorancia de la Ley no es excusa. La demandante se encuentra en la prohibición consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 del 93 literal en concordancia con lo señalado en la sentencia, SU 062 de 2010.

PROTECCIÓN S.A., recurre la devolución de gastos de administración, porque han sido en beneficio de la misma demandante, tanto así, que se ordena la devolución de unos rendimientos generados gracias a la labor que Protección S.A. realizó con los gastos de administración que se descuentan de las cotizaciones de la demandante; la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, ordena a los fondos de pensiones realizar estos descuentos que no son para el Fondo de Pensiones sino para beneficio del propio demandante. Solicita tener en cuenta estos argumentos y los comunicados de la Superintendencia aportadas con la contestación de la demanda.

A L E G A T O S

La parte **DEMANDANTE**, solicita se confirme la sentencia emitida, reafirma y amplía los argumentos expuestos en la demanda. Sostiene que el formulario de afiliación y su anexo, no es un registro o constancia de que la AFP hubiese dado información.

COLFONDOS S.A., guardó silencio.

COLPENSIONES, guardó silencio.

PROTECCIÓN S.A., Solicita revocar la sentencia proferida, sobre todo la devolución total de los dineros incluyendo los gastos de administración y en su lugar negar la totalidad de las pretensiones. Indica que la afiliación a una AFP es un contrato bilateral, que se adquieren obligaciones recíprocas, al expresar su consentimiento, se compromete el afiliado con los efectos jurídicos que su aceptación conlleva. Que la información que le suministra a los afiliados es completa, suficiente y se encuentra acorde a las disposiciones legales y al control que realiza la Superintendencia Financiera sobre las

administradoras de pensiones. La demandante no hizo efectivo ninguno de los recursos establecidos en la ley y a la fecha del traslado era una persona capaz de obligarse, por lo que no es posible dejar sin efecto un acto jurídico que es completamente válido.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el **principio de consonancia** la Sala aborda como **problema jurídico**, determinar si el traslado realizado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad es ineficaz. Y, en virtud del grado jurisdiccional de CONSULTA previsto en el art. 69 del CPT a favor de COLPENSIONES, si es obligación de la entidad recibir al demandante junto con todos los valores que COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. le traslade, como consecuencia de la ineficacia del traslado.

El **derecho a la información** se encuentra contemplado en el art. 20 de la Constitución Política e indica que todas las personas tienen derecho a recibir información veraz e imparcial. Así, la Corte Constitucional en sentencia C-488/93 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, señaló:

"El derecho a la información es un derecho que expresa la tendencia natural del hombre hacia el conocimiento. El ser humano está abierto a la aprehensión conceptual del entorno para reflexionar y hacer juicios y raciocinios sobre la realidad. Es en virtud de esta tendencia que a toda persona se le debe la información de la verdad, como exigencia de su ser personal. El sujeto de este derecho es universal: toda persona -sin ninguna distinción- y el objeto de tal derecho es la información veraz e imparcial".

En el presente asunto se pretende la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pensional porque no obtuvo la demandante la información necesaria para adoptar a conciencia su decisión.

Al efecto se acredita que la señora **MARIA DOLORES PUERTO MEDINA**, nació el 27 de agosto de 1962⁵, se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 10 de febrero de 1998 (archivo digital 12, folio PDF 21), suscribió formulario de traslado de régimen con COLFONDOS el 20 de enero de 2000 (Archivo digital 01 folio PDF 17), se trasladó a la AFP ING el 31 de octubre de 2006 (SIAFP Archivo digital 16, folio PDF 25), y se registra una cesión por fusión a PROTECCIÓN S.A., el 31 de diciembre de 2012.

Entonces, debe mirarse si para el traslado de régimen, la obligación de dar información adecuada y suficiente se cumplió por parte de la AFP, advirtiéndose que la mera

⁵ Cédula archivo digital 01, folio 16

suscripción del formulario de traslado de régimen no demuestra su cumplimiento, como se expuso en sentencia con radicado 68838, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, rememorado en sentencia SL 1197-2021⁶:

“Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

(...)

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.”

Así, la manifestación referente a la validez del formulario de afiliación no resulta admisible, porque en este asunto no se está debatiendo que la demandante no tuviera capacidad para suscribir el formulario de afiliación, sino que no se le dio la asesoría suficiente para adoptar una determinación informada.

*Tampoco es de recibo el planteamiento acerca de que la demandante no probó que **se comprometió su libertad de elección de régimen pensional o algún vicio del consentimiento**, por cuanto lo que se debatió fue la ineficacia del traslado de régimen por incumplimiento de la obligación legal de información impuesta a las AFP, que es a la que le corresponde demostrar que acataron la obligación de advertir a la demandante, para que con la autonomía y libertad informada, resolviera sobre el traslado, como se deduce del artículo 1604 del C.C. que indica que la demostración de la diligencia y cuidado corresponde a quien ha debido emplearla.*

Además, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha proferido varias decisiones en casación, entre otras, las SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019 y SL 1689 de 2019, en las cuales marca las directrices o sub reglas para que se configure la ineficacia del traslado de aquellas personas que, habiendo estado afiliadas en el

⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión 4, Sentencia SL1197-202, M.P. Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez, Radicación No. 81542, 23 de marzo de 2021.

Régimen de Prima Media con Prestación definida, pasaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, indicando que la consecuencia del ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

*De la misma manera sobre la **carga de la prueba** la jurisprudencia ha fijado en cabeza de las AFP la obligación de acreditar que cumplieron a cabalidad su deber de informar adecuadamente a quienes deseen afiliarse a ellas, sobre las condiciones de dicho régimen. La Sala de Casación Laboral se ha pronunciado sobre la omisión de los fondos de pensiones de su obligación de proporcionar información completa a sus vinculados o a los interesados en vincularse, como puede verse en las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicado 31314, y del 22 de noviembre de 2011, radicado 33083, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, renombradas en sentencia SL 1004-2021⁷, de 1 de marzo de 2021, la primera de las cuales en la que indicó:*

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

...

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, 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.

...

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. “

Dejando claro así el deber de información adecuada que tienen las AFP en estos casos. Posteriormente en la sentencia SL12136 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de

⁷Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sala de Descongestión 4, Sentencia SL1004-2021. M.P. Ana María Muñoz Segura, Radicación n.º 72930, 1 de marzo de 2021.

la misma magistrada, se pronunció sobre la necesidad de que las AFP demuestren el cumplimiento de la carga de brindar adecuada información. Así dijo:

"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.

...

Para este tipo de asuntos, se repite, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable."

Tesis reiterada, entre otras, en la SL4360 de 2019 y de donde se concluye que, debido al carácter técnico y financiero del asunto, las personas idóneas para otorgar la información son las AFP quienes tienen la carga probatoria de acreditar que brindaron asesoría suficiente y no el afiliado, independientemente de su formación profesional, pues se trata de una obligación a cargo de aquellas.

En este orden de ideas, en el asunto sub examine, al alegar la demandante la omisión por falta de información en que incurrieron las AFP, la carga de la prueba fue trasladada a éstas, a las que les correspondía demostrar que la señora MARIA DOLORES PUERTO MEDINA al momento de trasladarse de régimen pensional contaba con toda la información precisa, completa y comprensible, incluyendo los beneficios y las consecuencias negativas que conllevaba tal acto, de lo cual no se encuentra prueba alguna.

Cabe precisar que a las AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad les correspondía, desde su creación, demostrar que, en efecto, le proporcionaron a la demandante información completa, técnica y adecuada, que le permitiera a través de elementos de juicio claros y objetivos, adoptar una decisión informada, como se infiere

del artículo 97-1 del **Decreto 663 de 1993**. Sólo el cumplimiento de esas medidas fundamentales, permite deducir que el traslado cumplió con los mínimos de transparencia, y lealtad. Es así como en sentencia SL 1452 del 3 de abril de 2019, MP. Clara Cecilia dueñas Quevedo, se determinó:

“En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, 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*».

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

...

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

...

Desde este punto de vista, para la Corte es claro que desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado».

Ahora, si bien es cierto que podía hacer uso del **derecho de retracto** o **retornar al régimen de prima media**, también lo es que su inconformidad radica en el hecho de no haberle explicado en el momento del traslado las consecuencias reales de su decisión, es decir, de no haber tenido a su alcance todas las herramientas para decidir a conciencia.

De la misma manera, el hecho de que la actora **no pidiera información** a lo largo de su afiliación a las AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no soslaya las falencias del deber de información evidenciadas al momento de realizar la afiliación, cuando se surtió el cambio de régimen pensional. Por ende, tampoco tiene incidencia que la actora tuviese la **capacidad de obligarse**, además de que, como lo sostiene la Corte Suprema de Justicia en sentencia, radicado 662987, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

"... la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano de desigualdad, que la legislación interna reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera..."

En lo concerniente, al principio de **sostenibilidad financiera del sistema pensional**, el cual se consagró a partir del Acto Legislativo 01 de 2005, la Corte Constitucional C-111-2006.

MP Rodrigo Escobar Gil señaló:

" el derecho a la seguridad social como derecho prestacional requiera, entre otros aspectos, de una estructura básica que permita atenderlo y de una constante asignación de recursos provenientes, en primer lugar, del cálculo actuarial del mismo sistema, a través de tasas de cotización, semanas mínimas de permanencia, períodos de fidelidad, plazos de carencia, cotizaciones voluntarias, rendimientos financieros, etc.; y en segundo término, del subsidio del Estado, quien a través de sus propios recursos fiscales, debe asegurar el acceso de todos los habitantes del territorio colombiano a los derechos irrenunciables de la seguridad social."

"La seguridad social goza de carácter de fundamental al ser conexo y paralelo a la vida, al trabajo y la salud; este derecho tiene su expreso reconocimiento genérico en el artículo 48 de la Carta, y específicamente para las personas disminuidas físicas, sensoriales y psíquicas en los mandatos 13 y 17 superiores".

En este asunto no se evidencia que se vulnere, toda vez que los aportes pensionales realizados por la demandante en las AFP, se trasladan en su totalidad y con ello se dispone solventar el derecho pensional con arreglo a la ley.

Por otra parte, sobre la condena que el a quo les impuso a la AFP del RAIS de **trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, aportes, bonos pensionales, rendimientos, así como frutos e intereses, sin descuento alguno por gastos de administración**, cabe señalar que la jurisprudencia se ha pronunciado⁸ aclarando que el traslado de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos y demás elementos económicos a COLPENSIONES, se debe realizar sin descontar ningún concepto, porque la AFP del RAIS debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado como lo establece el artículo 1746 del C.C., sin deducciones de ningún tipo, esto es, como si el demandante nunca se hubiese trasladado, lo que le garantiza a COLPENSIONES que las sumas que reciba sean las mismas que hubiere recibido si el afiliado hubiera cotizado en el RPM, lo que impide la descapitalización del fondo común a que aluden los recurrentes.

Así mismo, esta Sala ha acogido lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, que citó

⁸ Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

la sentencia CSJ SL17595-2017, que rememoró la sentencia 31989 del 8 de septiembre de 2008⁹, ratificado en sentencia SL 1421-2019¹⁰ del 10 de abril de 2019, así:

"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, adocrinó:[...]

"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

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 adocrinado 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 del actor a PROTECCIÓN S. A., PORVENIR 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. y 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.

⁹ Radicado 150013105003201900189-01 (2020-1303) MP. María Isabel Fonseca González

¹⁰ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, SL1421-2019, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, Radicación No. 56174, 10 de abril de 2019.

No sobra advertir que la declaratoria de ineficacia del traslado en aplicación del artículo 1746 del C.C. lleva implícita la devolución de todos los saldos que por cualquier concepto hubiesen recibido las AFP por su utilización y durante el tiempo que los tuvieron en su poder, lo que garantiza a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que las sumas que reciba son las mismas que hubiera recibido si el afiliado hubiera seguido cotizando en el RPM y que contribuye a la sostenibilidad financiera del sistema.

Frente a la **prohibición del artículo 13 de la Ley 100 de 1993**, en este caso no se trata de un traslado sino de la violación del deber de información que afecta la validez del acto jurídico, considerado en sí mismo.

Respecto a la excepción de **prescripción** propuesta, ha de decirse que no hay lugar a declarar su prosperidad pues aquí se trata de la declaración de una situación de hecho y no de un derecho, aunque si está encaminada a lograr a futuro la consolidación de uno que es imprescriptible, en los términos explicados en la sentencia SL1689 de 2019, reiterado en la SL 4811 de 2020.

De conformidad con lo expuesto se confirmará la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA**, por intermedio de su **SALA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada, teniendo en cuenta las precisiones que, sobre las restituciones a cargo de las AFP, se hicieron en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A.

TERCERO: Oportunamente, por Secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ
MAGISTRADA

MARIA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ
MAGISTRADA

JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ.
MAGISTRADO

Auto: En cumplimiento a lo dispuesto por la Sala en providencia que antecede, la magistrada ponente fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de 1 SMLMV a cargo de cada una de las recurrentes, esto es, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

FANNY ELIZABETH ROBLES MARTINEZ
MAGISTRADA PONENTE

Firmado Por:

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

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

Maria Isbelia Fonseca Gonzalez
Magistrada
Sala 001 Laboral

Tribunal Superior De Tunja

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: **61fcbafc86e05803e8694147a266ceb44ec2495f5b6d587c940483053f172a2c**

Documento generado en 05/08/2021 12:20:54 p. m.