



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

ORDINARIO No. 150013105004202000161-01 (2021-1235)

ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA

DEMANDANTE: GILMA RAQUEL ORDUZ VALENCIA

DEMANDADOS: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y
 PROTECCIÓN 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, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A. contra la sentencia del 24 de mayo de 2021, así como el grado de consulta respecto de la misma.

ANTECEDENTES

GILMA RAQUEL ORDUZ VALENCIA entabla demanda laboral ¹ en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.**, para que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Como consecuencia se trasladen los aportes cotizados en el RAIS a COLPENSIONES y se active su afiliación en el régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como sustento fáctico manifiesta que se afilió el 30 de enero de 1991 al ISS. Se trasladó a PORVENIR S.A., el 17 de diciembre de 1999 y actualmente se encuentra en PROTECCIÓN S.A.

1. Archivo 1

Que no se le informó que el valor de su mesada sería inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES, ni se le realizó proyección que le permitiera conocer el valor de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional. Que le indicaron que podía pensionarse a cualquier edad, que el ISS se iba a acabar. No le explicaron las desventajas del régimen de Ahorro Individual con solidaridad y se le entregó una información sesgada y parcializada con el fin de concretar su traslado.

Elevó solicitud ante PORVENIR de invalidez del traslado y a COLPENSIONES de traslado de régimen, peticiones que fueron negadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES², se opone a que prosperen todas y cada una de las pretensiones declarativas y condenatorias propuestas, por carecer de sustento fáctico y legal.

Aduce que no es procedente declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por la accionante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y condenarla a recibir los aportes y activar la afiliación en el Régimen de Prima media, teniendo en cuenta que un trabajador puede optar por el RPM o el RAIS, de conformidad con las normas vigentes para el efecto y de acuerdo con sus condiciones laborales, familiares y económicas. Sin embargo, si encuentra que el régimen al que se encuentra afiliado no es el que le conviene, tiene la posibilidad de trasladarse entre regímenes 1 vez cada 5 años y hasta cuando le faltare 10 años o menos para adquirir su derecho pensional.

La solicitud de traslado al RPM se presentó ante COLPENSIONES el 16 de marzo de 2020, cuando contaba con 50 años de edad la demandante y estaba inmersa en la prohibición y, como no cuenta con 15 años de cotizaciones para el 1º de abril de 1994, resulta improcedente su traslado.

Analizado el soporte probatorio obrante en el expediente, se establece que no es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de Ahorro individual con solidaridad, porque la demandante se encuentra válidamente afiliada a éste al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones, el formulario de afiliación a las AFP PROTECCIÓN Y PORVENIR SA.

² Archivo 15

De la misma manera, no hubo de parte de la señora GILMA RAQUEL ORDUZ VALENCIA ninguna solicitud de información sobre su futuro pensional, sustrayéndose así de sus deberes como afiliado al sistema general de pensiones y convalidando su deseo de permanencia en el RAIS.

Presenta como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad del traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, enriquecimiento sin justa causa, improcedencia de costas e intereses en contra de COLPENSIONES, conmutación pensional, prescripción, prescripción de la acción e innominada.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.³, se opone a la declaratoria de ineficacia, pues con PROTECCIÓN la demandante tuvo la información cierta y clara, sin que se pueda predicar que se le indujo en error; adicionalmente, se le advirtió de los beneficios y desventajas que tenía el traslado de régimen, ya que los ejecutivos comerciales que hacían parte de dicha AFP estaban y están plenamente capacitados para suministrar a sus potenciales clientes una asesoría concreta, veraz, completa, clara y oportuna y estaba en capacidad de aclarar cualquier inquietud que le pudiera haber surgido en torno a su futuro pensional, tal y como se establece en la solicitud de vinculación.

Que el traslado diligenciado por la demandante se produjo por una decisión libre y voluntaria, sin que pueda endilgarse falta de información por parte de esa Administradora, ya que se le brindó en debida forma la asesoría especializada respecto a las consecuencias del cambio de régimen.

La información suministrada por PROTECCIÓN S.A. a los afiliados al RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Igualmente, la demandante no hizo uso de su derecho de retractación.

Propone como excepciones de fondo las de falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación a cargo de PROTECCIÓN S.A., buena fe y la genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.⁴, no contesta la demanda.

³ Archivo 17

⁴ Archivo 22

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja, en audiencia pública del 24 de mayo de 2021 profirió sentencia por la que resolvió:

“PRIMERO. Declarar ineficaz el traslado y afiliación en pensiones que realizó **GILMA RAQUEL ORDUZ VALENCIA**, identificada con C.C. No. 63443434 del Instituto de Seguros Sociales, hoy Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones al fondo de pensiones Porvenir S.A. acorde con lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. Declarar que la AFP Porvenir S.A. 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 seguro previsional a favor de **GILMA RAQUEL ORDUZ VALENCIA**, de tal manera que tenga la totalidad de los aportes como si nunca se hubiese trasladado del RPM.

TERCERO. Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones la afiliación de **GILMA RAQUEL ORDUZ VALENCIA**, teniendo en cuenta las cotizaciones desde la fecha inicial de su afiliación que lo fue el 30 de enero de 1991.

CUARTO. Condenar a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. para que en el término de un mes trasladen ante la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones las cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, intereses, comisiones, así como frutos e intereses correspondientes a **GILMA RAQUEL ORDUZ VALENCIA** sin lugar a descuentos por gastos de administración de tal manera que tenga la totalidad de los aportes como si nunca se hubiese trasladado del RPM.

QUINTO. Se condena en costas a las administradoras Porvenir S.A. y Protección S.A. fijando como agencias en derecho la suma de UN MILLON DOSCIENTOS MIL PESOS a cada una de las demandadas. Líquidense por secretaria, sin costas en contra de Colpensiones.

SEXTO. Se ordena la consulta a esta decisión por mandato del artículo 69 del CPTSS por cobijar a Colpensiones, en caso de no ser apelada esta decisión.”

APELACIÓN

COLPENSIONES

Interpone recurso de apelación solicitando revocar en su integralidad el fallo, por cuanto para la fecha de traslado de la demandante no existía el deber de información en los términos señalados en la decisión, la que se regula a partir de la ley 1328 del 2009 y el decreto 2241 de 2010, y posteriormente con la expedición de la ley 1748 de 2014, y el decreto 2071 de 2015. Normas que precisamente acreditan que existía un vacío legal en lo que refiere al deber de información, razón por la cual el mismo no era exigible a las AFP del RAIS más allá de lo señalado en el decreto 663 de 1993, estatuto financiero, que de manera genérica hablaba de un deber de información, pero no reguló su contenido mínimo ni tampoco señaló que las AFP tenían el deber legal de guardar la información entregada.

Así mismo se encuentra acreditado que, conforme lo señala la ley 100 de 1993 en su artículo 13, la accionante hizo uso de su derecho de escogencia y de manera libre y

voluntaria manifestó su deseo de participar en el RAIS, actuación fue ratificada con la firma de los formularios de afiliación.

No comparte la inversión de la carga de la prueba porque implica aceptar una 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, menos para buscar un aprovechamiento pensional.

Solicita se nieguen las suplicas de la demanda y, de manera subsidiaria, se adicione ordenado la devolución de la totalidad de los aportes indexados.

PROTECCIÓN S.A.

Recorre solicitando se modifique la sentencia en lo que refiere a la devolución de los gastos de administración y seguro previsional, teniendo en cuenta el artículo 20 de la ley 100 de 1993, pues esos dineros ya fueron descontados y pagados a un tercero de buena fe y no es posible su restitución.

Igualmente, solicita se modifique el plazo que se establece para el cumplimiento de la sentencia, toda vez que, para realizar el trámite pertinente, se necesita un término más razonable.

PORVENIR S.A.

Apela la decisión solicitando sea revocada, porque no comparte el análisis de la normatividad que se aplica para el proceso, en el entendido que para la fecha de traslado solo estaba vigente el decreto 663 de 1993, que no precisaba qué clase de información se debía brindar al afiliado, ni se exigía dejar prueba de la misma.

No se allegó prueba alguna del acto malintencionado o de carácter doloso, para dar aplicación del art 271 que fue el sustento legal normativo para declarar la ineficacia del acto de traslado. De otra parte, la devolución solo debe ser de los emolumentos y rendimientos correspondientes al saldo individual de la cuenta de ahorro individual, al tenor del artículo 13, literal b de la ley 100 de 1993, artículos 963 y 964 C.C., al primar la buena fe de su representada y conforme a las reglas de interpretación del artículo 27 del C.C.

Los gastos de administración, conforme al artículo 20, no hacen parte, ni financian la pensión de vejez en el RPM y el seguro previsional cubre unas contingencias diferentes a la pensión de vejez, que se amparan bajo pólizas que ya fueron pagadas a terceros de buena fe por lo que no puede solicitarse su devolución.

A L E G A T O S

PARTE DEMANDANTE, solicita se confirme la decisión porque no existen pruebas que demuestren que la Administradora PORVENIR S.A., le brindó a la señora GILMA RAQUEL ORDUZ VALENCIA una asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media, los riesgos inherentes al traslado de régimen efectuado el 17 de diciembre de 1999. La Administradora no efectuó cálculo, cuadro o proyección comparativa mediante la cual pudiera explicarle la forma de pensionarse en uno u otro régimen pensional, o los requisitos y las variables usadas para liquidar su pensión. No le informó sobre el derecho de retracto, ni la prohibición legal para regresar al Régimen de Prima Media faltándole 10 años para cumplir la edad pensional.

Todos estos elementos objetivamente permiten concluir, que la Administradora no cumplió con los deberes de información y transparencia conforme lo exigían para la época el Decreto 663 de 1993, el Decreto 720 de 1994 y el Decreto 656 de 1994, y, que la decisión que tomó su representada no se hizo de manera informada y por tanto, en el momento de su traslado de régimen pensional a PORVENIR S.A. no se cumplió con lo establecido en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993.

AFP PROTECCIÓN S.A., reafirma los fundamentos alegados en la impugnación y solicita revocar la sentencia y en su lugar, absolver a esa AFP de la devolución de los dineros referentes a administración y seguro provisional.

COLPENSIONES y la **AFP PORVENIR** guardaron silencio.

C O N S I D E R A C I O N E S

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, determinar si es obligación de la entidad recibir a la demandante junto con todos los valores que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., le trasladen, como consecuencia de la ineficacia del traslado de la actora.

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 GILMA RAQUEL ORDUZ VALENCIA, nació el 23 de diciembre de 1969⁵, estuvo afiliada al ISS desde el 30 de enero de 1991⁶, suscribió formulario⁷ de traslado de régimen con PORVENIR S.A., el 17 de diciembre de 1999 y con PROTECCIÓN S.A.⁸ el 1 de febrero de 2001.

Entonces, debe mirarse si para el traslado de régimen, la obligación de dar información adecuada y suficiente se cumplió por parte de las AFP, advirtiéndose que la mera suscripción del formulario de traslado de régimen no demuestra su cumplimiento, como se expuso en sentencia con radicado 68838, MP. Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

"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

⁵ Archivo 2

⁶ Archivo 2

⁷ Archivo 2

⁸ Archivo 17

capacidad para suscribirlo, sino que no se le dio la asesoría suficiente para adoptar una determinación informada.

Tampoco es de recibo el planteamiento acerca de que **se comprometió la libertad de elección de régimen pensional**, pues 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 las que les 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 que 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 del Régimen de Prima Media con Prestación definida al 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, 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, 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 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.”

De esta manera, 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 estas administradoras, a las que les correspondía demostrar que la señora ORDUZ VALENCIA al momento de trasladarse de régimen pensional contaba con toda la información precisa, completa y comprensible según el caso, incluyendo los beneficios y las consecuencias negativas que conllevaba tal acto, de lo cual no se encuentra prueba alguna.

En lo que atañe al deber de información por parte de las AFP, cabe precisar que, desde su creación, debían demostrar que 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, en cuanto 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”.

Sin que en este asunto se evidencie su vulneración, 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 adquirido por la actora, con arreglo a la ley.

*Por otra parte, sobre la condena que el a quo le 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 pronunciado⁹ 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 la 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 la sentencia CSJ SL17595-2017, que rememoró la sentencia 31989 del 8 de septiembre de 2008, 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,***

⁹ Sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019. M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

¹⁰ Radicado 150013105003201900189-01 (2020-1303) MP. María Isabel Fonseca González

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 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 PORVENIR 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.

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.

*No es procedente la **aplicación del artículo 113 literal b de la ley 100 de 1993** al que alude PORVENIR S.A., porque dicho precepto aplica cuando se trata de un traslado y no de su ineficacia como en este caso.*

*En cuanto a lo establecido en los **artículos 963 y 964 del Código Civil sobre la buena fe del negocio jurídico** alegada por PORVENIR para controvertir la devolución de las sumas recibidas, debe decirse que esos recursos son el soporte financiero de la prestación pensional y su restitución es procedente como consecuencia de la conducta indebida de la administradora, al omitir el cumplimiento de su deber de información, de conformidad con la jurisprudencia citada.*

*Ahora en cuanto a que no resulta procedente dar aplicación al **artículo 271 de la ley 100 de 1993**, cabe precisar que esta norma concuerda con el artículo 13, por lo que*

resulta válida la interpretación que hace de la misma el a quo, en coherencia con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1688-2019.¹¹

Referente a la solicitud de PROTECCIÓN S.A., para que se **modifique el término para el cumplimiento de la sentencia**, no se accederá por cuanto la Sala considera que el plazo dado es razonable y atendiendo que no se fundamentan los motivos por los cuales resulta insuficiente el 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 cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, atendiendo que los recursos no prosperaron y hubo oposición.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA, 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 cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

¹¹ "De acuerdo con el literal b) del artículo 13 de la citada ley, los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, previniendo que, si esa libertad es obstruida por el empleador, este puede ser objeto de sanciones. Es así como paralelamente el artículo 271 precisa que las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación".

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 demandadas, esto es, **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR 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: **18d5cd5bc19ad35816a64c3a036d52cb93d752cc4f04044ce7f98301c0033754**

Documento generado en 05/08/2021 02:46:52 PM