



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

ORDINARIO No. 150013105002201900339-03 (2021-1246)

ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA DORIS BOTERO LIZARAZO

DEMANDADOS: COLPENSIONES y PORVENIR S.A

MAGISTRADA PONENTE
FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ

Acta No. 027

Tunja, seis (06) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A. Y LA DEMANDANTE, contra la sentencia del 7 de julio de 2020, PROFERIDA por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja, reconstruida el 04 de junio de 2021, así como el grado de consulta respecto de la misma.

ANTECEDENTES

ANA DORIS BOTERO LIZARAZO entabla demanda laboral ¹ en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, para que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Como consecuencia se trasladen todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados en el RAIS a COLPENSIONES y se active su afiliación en el régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Se condene a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, junto con las mesadas pensionales,

1. Archivo 3

incrementadas en los términos de ley, a partir del 21 de septiembre de 2017, fecha en la cual adquirió su status pensional.

Como sustento fáctico manifiesta que nació el 21 de septiembre de 1960, se afilió el 15 de enero de 1982 al ISS. Firmó formulario de traslado de régimen a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 25 de mayo de 1999, sin que le informaran las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional, ni cuál sería su monto de pensión, ni que dependía del capital ahorrado. Le dijeron que podía pensionarse a la edad que quisiera, pero sin explicarle cómo lograrlo.

El 14 de agosto de 2019, solicitó ante COLPENSIONES el traslado y/o anulación a efectos de retornar al régimen de prima media con prestación definida y el reconocimiento de la pensión de vejez. Petición que le fue negada mediante oficio BZ2019_10946884-2463223.

Que cumplió los 57 años de edad el 21 de septiembre de 2017 y tiene acumuladas 1629 semanas, por lo que adquirió su status pensional desde la citada fecha.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES², se opone a que prosperen las pretensiones por carecer de sustento fáctico y legal.

Aduce 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 solicitó el traslado suscribiendo el formulario de vinculación a la A.F.P PORVENIR S.A en mayo de 1999, sin que se configuraran vicios de consentimiento.

De igual forma, se encuentra acreditado que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre, espontánea y voluntaria, lo que acredita que no existió la nulidad que se pretende, pues si no estaba conforme con los lineamientos del RAIS debió afiliarse en el Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, pero permaneció en la AFP PORVENIR S.A, lo que conlleva a presumir que la parte actora contaba con la información necesaria sobre las condiciones, características, modalidades y desventajas del régimen que gobernaría su futuro derecho pensional, puesto que no obra prueba dentro del acervo que permita inferir lo contrario, confirmando su voluntad de permanencia en el RAIS al continuar afiliada al mismo por

² Archivo 10

más de 20 años, acatando y sometiéndose a las consecuencias o manejo de sus aportes al arbitrio del Régimen de Ahorro Individual y de la AFP referida.

Según el Decreto 692 de 1994, artículo 11, la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de éste para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez o muerte, señalando los requisitos de forma del formulario que se debe diligenciar para vincularse con la respectiva administradora, los cuales se encuentran acreditados en este caso.

Señala que la accionante no solo tenía el deber de conocer la norma de carácter nacional que regula el régimen pensional, sino además, tenía deberes como consumidor financiero del Sistema General de Pensiones, pero no solicitó información sobre su futuro pensional durante su vida laboral, sustrayéndose así de sus deberes y convalidando su deseo de permanencia en el RAIS, al efectuar periódicamente las cotizaciones, sin solicitar traslado al Régimen de prima Media, desde mayo de 1999, momento a partir del cual se encuentra válidamente en el RAIS.

Igualmente, está inmersa en la prohibición del traslado porque se encuentra a menos de 10 años del cumplimiento del requisito de edad y por lo tanto no es viable su retorno al régimen de prima media, advirtiendo que tal prohibición tiene como sustento la salvaguarda de los principios que regulan el sistema de seguridad social, tales como el de sostenibilidad del sistema pensional.

Alega que, en virtud del principio de la relatividad jurídica, COLPENSIONES es un tercero dentro del acto jurídico de traslado de régimen promovido entre la AFP y la parte accionante, por lo que no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión y resulta improcedente cualquier condena en detrimento de sus intereses.

Presenta como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de 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, e innominada.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.³, contesta oponiéndose a las pretensiones, en la medida que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia y/o nulidad del acto jurídico del traslado de régimen pensional. Se cumplió con el deber de información que era exigible para el momento en que se hizo el traslado, por cuanto se le informó a la demandante que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual, que podía realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales a su cuenta; que tendría derecho a bono pensional, si había aportado 150 semanas dentro de los últimos tres años anteriores al traslado de régimen pensional, y que su vinculación al Régimen de Ahorro Individual era completamente voluntaria.

Que el traslado de régimen pensional fue válido, pues la demandante no aporta elementos de prueba que permitan arribar a una conclusión diferente. De ahí que no sea dable ordenar a COLPENSIONES tener como afiliada a la demandante, ni recibir capital alguno de su cuenta de ahorro individual.

En caso de declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional, la devolución de los rendimientos financieros, y demás gastos dejaría a la demandante en una situación más favorable que la que tendría de haber permanecido en el Régimen de Prima Media, dado que recibiría dineros que no se generaron en ese Régimen Pensional, en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del CC.

Propone como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tunja, en audiencia pública del 7 de julio de 2020, reconstruida el 04 de junio de 2021, profirió sentencia por la que resolvió:

“PRIMERO. Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante ANA DORIS BOTERO LIZARAZO, mediante la inscripción del formulario No. 0231895 del 25 de mayo de 1999, traslado efectivo a partir del 01 de julio de 1999, por las razones expresadas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, activar nuevamente la afiliación de la demandante, a partir del mes de julio de 1999, sin solución de continuidad, teniéndola válidamente afiliada al RPM, continuando todos sus derechos en ese régimen.

TERCERO. Condenar a la demandada AFP Porvenir S.A. a activar la devolución de los aportes recaudados en ese régimen, a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones a favor de la demandante, incluyendo rendimientos financieros, gastos de

³ Archivo 14

administración y demás elementos que pudieran afectar el monto de la cotización de la demandante.

CUARTO. Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia y una vez demostrado el retiro del régimen de la demandante a proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la que se liquidará con los parámetros sentados en esta sentencia y dentro del término señalado en el art 9 de la ley 797 de 2003, que modificó el art. 13 de la ley 100 de 1993.

QUINTO. Declarar no probada las excepciones propuestas por la demandada.

SEXTO. Costas a cargo de la parte demandada; agencias en derecho como se señaló en la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO. En caso de no ser apelada esta sentencia siendo adversa a los intereses de Colpensiones, súrtase el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta."

A P E L A C I Ó N

COLPENSIONES, interpone recurso alegando que no se configura la ineficacia del traslado de régimen, toda vez que para la época en que se suscribe el formulario de traslado se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, por lo que la información suministrada por la AFP PORVENIR, debe ser valorada bajo esa normatividad.

Que las leyes que surgieron entre 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS, y atendiendo a las pruebas aportadas al proceso, PORVENIR S.A. cumplió a cabalidad con esta obligación. La CSJ ha dispuesto la responsabilidad en cabeza de los fondos de forma objetiva, lo que es contrario a la lógica de las cargas probatorias toda vez que la responsabilidad objetiva exige que la esfera de control sea exclusiva de quien causó el daño, y ello no aplica en los casos de traslado de régimen, pues los potenciales pensionados tienen el deber de asesorarse según lo dispone el Decreto 2241 de 2010.

De la misma manera, el silencio en el transcurso del tiempo se entiende como una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado y la única manera de desvirtuarlo es demostrando la fuerza de una situación que hubiere viciado el consentimiento, sin que obre prueba de ello en el expediente. Además, la demandante se encuentra dentro de la prohibición del art 13 de la ley 100 de 1993.

Como no se cumplen con los presupuestos para que se declare la ineficacia del traslado no es procedente aceptar los aportes y reconocer una pensión de vejez a la demandante, por lo que debe revocarse la decisión de primera instancia y absolverse de las pretensiones de la demanda.

PORVENIR S.A., interpone recurso solicitando revocar la sentencia. Aduce que el precedente judicial de la CSJ no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicite la nulidad o ineficacia de la afiliación, pues debe haber similitud en las cuestiones fácticas de cada caso. Que en el presente asunto la

demandante realizó su traslado de fondo pensional de manera voluntaria, sin presiones y totalmente informada, luego de recibir una asesoría oportuna de conformidad con la normatividad vigente para la fecha de su traslado, esto es, decreto 663 de 1993, pues los deberes de asesoría y buen consejo surgieron solo con la expedición de los decretos 2555, 2071 de 2015 y la ley 1748 del mismo año.

La condena de devolver conjuntamente rendimientos y gastos de administración, resulta contradictoria, por cuanto la consecuencia de la ineficacia es que el negocio jurídico nunca se realizó, por lo que los rendimientos tampoco se generarían y no habría lugar a su devolución. Los gastos de administración y el seguro previsional se encuentran reglados por la ley para cubrir ciertas contingencias, por lo que su devolución afecta la estabilidad y sostenibilidad del sistema pensional.

Que las decisiones deben apoyarse en criterios técnicos para que no se genere una afectación al RPM administrado por COLPENSIONES, a la luz de los principios de sostenibilidad y eficiencia constitucional.

DEMANDANTE, apela para que se reconozca la pensión de vejez a partir del 21 de septiembre del 2017, teniendo en cuenta que para dicha fecha ya había cumplido con los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993, por lo que le asiste derecho con el respectivo retroactivo desde el día del cumplimiento del status pensional.

Que siguió cotizando por la errónea información brindada por el fondo privado cuando fue a solicitar su pensión. Sin embargo, su deseo era pensionarse como se evidencia en la prueba documental que se aportó con la demanda, la cual demuestra que, una vez cumplió los requisitos, solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de su pensión. Para respaldar su posición cita la Sentencia SL 900, radicado 44017 del 21 de febrero de 2018, M.P. Jorge Quiroz

.

A L E G A T O S

PARTE DEMANDANTE, reafirma los argumentos expuestos en la apelación y solicita que la pensión de vejez se le conceda desde la fecha del cumplimiento del status pensional.

PORVENIR S.A., ratifica y amplía los fundamentos expuestos en la impugnación y solicita revocar la sentencia proferida.

COLPENSIONES, guardó silencio.

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 si procede el reconocimiento de la pensión de vejez. 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 PORVENIR S.A., le traslade, como consecuencia de la ineficacia del traslado de la actora, además de reconocerle la pensión de vejez.

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 ANA DORIS BOTERO LIZARAZO, nació el 21 de septiembre de 1960⁴, estuvo afiliada al ISS desde el 15 de enero de 1982,⁵ suscribió formulario⁶ de traslado de régimen con COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., el 25 de mayo de 1999.

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:

⁴ Archivo 3

⁵ Archivo 3

⁶ Archivo 3

"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 no se configuro ningún **vicio del consentimiento**, por cuanto lo que se debatió no fue una nulidad sino 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 acató la obligación de advertir al 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 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 éstas, a las que les correspondía demostrar que la señora BOTERO LIZARAZO 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, es claro, que a las AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad les correspondía desde su creación, 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 ese deber 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»."

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 dicho principio, toda vez que los aportes pensionales realizados por la demandante en la AFP, se trasladan en su totalidad y con ello se solventará 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 pronunciado⁷ 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

⁷ 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 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, adoctrinó:[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad **fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez**, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C." SE RESALTA

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 del actor a PROTECCION 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 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

⁸ Radicado 150013105003201900189-01 (2020-1303) MP. María Isabel Fonseca González

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

Ahora sobre lo alegado por las AFP, acerca de que no se puede **exonerar al afiliado de la responsabilidad** de informarse suficientemente para adoptar su decisión de traslado de régimen, cabe precisar que esta Sala acoge la posición mayoritaria de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, en el entendido que la AFP, debido al carácter técnico y económico del asunto, es la encargada de brindar información suficiente a sus afiliados y el incumplimiento de este da lugar a la declaratoria de ineficacia de la afiliación, por lo que tampoco el hecho de que la actora **guardara silencio** a lo largo de su afiliación a la AFP del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, soslaya las falencias del deber de información evidenciadas al momento de realizar la afiliación, cuando se surtió el cambio de régimen pensional, 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..."

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.

PENSIÓN DE VEJEZ

Así, la Sala estudiará el asunto de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, y a cuyo tenor los requisitos para acceder a ella son:

- "...1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.
A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
- 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta:

- a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones;
- b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados;
- c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993.
- d) El tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.
- e) El número de semanas cotizadas a cajas previsionales del sector privado que antes de la Ley 100 de 1993 tuviesen a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.

Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. **Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte."**

Aparece en el presente caso que la señora ANA DORIS BOTERO LIZARAZO cumplió 57 años el 21 de septiembre de 2017, momento para el cual acredita más de 1300 semanas, así:

- Según el reporte de semanas emitido por COLPENSIONES con fecha 18 de noviembre de 2019, hasta el 30 de junio de 1999 cotizó 621 semanas (archivo 10 folio 57)
- Según la historia laboral aportada por PORVENIR en el archivo 14, folios 71 y ss, aportó a septiembre de 2017 un total de 925.13

| AÑO | MESES | SEMANAS COTIZADAS |
|-------|-----------------|-------------------|
| 1999 | 5 | 21,425 |
| 2000 | 12 | 51,42 |
| 2001 | 12 | 51,42 |
| 2002 | 12 | 51,42 |
| 2003 | 12 | 51,42 |
| 2004 | 11 | 47,135 |
| 2005 | 12 | 51,42 |
| 2006 | 12 | 51,42 |
| 2007 | 12 | 51,42 |
| 2008 | 12 | 51,42 |
| 2009 | 12 | 51,42 |
| 2010 | 12 | 51,42 |
| 2011 | 12 | 51,42 |
| 2012 | 12 | 51,42 |
| 2013 | 12 | 51,42 |
| 2014 | 11 | 47,135 |
| 2015 | 12 | 51,42 |
| 2016 | 12 | 51,42 |
| 2017 | 8 MESES-27 DÍAS | 38,1365 |
| TOTAL | | 925,13 |

Para un total de 1546.13; es decir que se causa la pensión de vejez pretendida a su favor como lo estableció el A quo.

Ahora, de acuerdo con la historia laboral, la demandante presenta cotizaciones al sistema hasta **diciembre de 2019 (Folio 63 archivo 14)** por lo que la prestación solo puede reconocerse a partir de la última cotización efectiva al sistema, momento en el cual se hace exigible y en donde procede determinar el ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, el equivalente a los salarios reportados en los últimos 10 años de servicios, pues a la entrada en vigencia de la citada ley, a la demandante le hacían falta más de 10 años para adquirir su derecho, como se expuso en la sentencia SL 4933 de 2019.

Por las razones expuestas, y si bien procede el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez, el mismo solo se hace exigible con posterioridad a la sentencia, dado el estado actual de las cotizaciones, situación que, de contera desvirtúa el pago de retroactivo alguno, pues el reconocimiento de la pensión de vejez se hace como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Frente a la desafiliación tácita a que refiere la sentencia **SL 900, radicado 44017 del 21 de febrero de 2018**, M.P. Jorge Quiroz, debe señalarse que en este caso no se configura, pues la solicitud de pensión de vejez que se realizó ante COLPENSIONES, se hizo en agosto de 2019, según lo advirtió el mismo demandante en su demanda, es decir casi dos años después de cumplir los requisitos y cuando se encontraba vinculado al RAIS, registrándose cotizaciones hasta **diciembre de 2019**.

De otra parte, en virtud del grado jurisdiccional de consulta se modificará el numeral cuarto, para conceder a la AFP PORVENIR S.A el término de 30 días a partir de la ejecutoria de esta decisión, para que traslade a COLPENSIONES los aportes de la demandante incluyendo rendimientos financieros, gastos de administración y demás elementos que pudieran afectar el monto de la cotización de la demandante en los términos expuestos. Cumplido lo anterior, deberá COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez a la actora dentro de los términos establecidos para ello en el art. 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.

Sin costas en esta instancia porque no se causaron.

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.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia, el cual quedara así:

CUARTO. Ordenar a la AFP PORVENIR S.A., que el término de 30 días a partir de la ejecutoria de esta decisión traslade a COLPENSIONES los aportes de la demandante incluyendo rendimientos financieros, gastos de administración y demás elementos que pudieran afectar el monto de la cotización de la demandante, esto es, en los términos aquí expuestos. Una vez hecho lo cual, deberá COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez a la actora dentro de los términos establecidos para ello en el art. 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.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás 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.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: 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.

Firmado Por:

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

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: **907093674acc4cbbf3cd5f0c905ceb2a7976ec2091bac704983c023969d5d235**
Documento generado en 06/08/2021 10:01:44 a. m.