



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105031201900615-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de abril de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto la apoderada de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 13 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **NUBIA STELLA CRUZ FORERO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y como litis consorte necesario, **EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

ANTECEDENTES

NUBIA STELLA CRUZ FORERO, pretende que se declare que en el presente caso ha existido un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito entre la demandante y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al haberse ocultado información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de afiliación, específicamente el hecho de no habersele informado que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiera del ISS; que se deje sin efecto alguno la afiliación efectuada el 18 de junio de 1997; que se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere cotizado la actora con motivo de la afiliación al Régimen de

Ahorro Individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado; que se condene a Colpensiones a aceptar el traslado y a recibir los valores cotizados; que se condene a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir de la fecha de retiro del sistema, así mismo, al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales de la Pensión de Vejez a que tiene derecho la demandante; que se actualicen las condenas a favor de la demandante conforme con el índice de precios al consumidor, o mediante cualquier otro medio de temas legalmente establecidos en Colombia; pago de intereses moratorios y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que la señora Nubia Stella Cruz Forero nació el 07 de enero de 1961; que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 01 de noviembre de 1981, cotizando a dicha administradora al momento de la radicación de la demanda, 616 semanas, encontrándose afiliada a esta para el 01 de abril de 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993; que a partir del 18 de junio de 1997 se trasladó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, entidad a través de la cual ha cotizado 1.060 semanas.

Informa la parte actora, que para el momento de la vinculación a Colfondos S.A., no se le informó el valor de su mesada pensional, no le elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre la edad para pensionarse y el valor de su mesada teniendo en cuenta el bono pensional.

Que el 16 de noviembre de 2018 la parte actora solicitó proyección pensional o estudio en el que se le hubiera informado a la demandante la conveniencia de trasladarse de régimen, a lo que se le informó que para la época de la afiliación la información se suministrada verbalmente, contando únicamente con el soporte del formulario de afiliación; además, que una vez efectuada la simulación, informó que la demandante tendría una pensión de \$859.366, y por otra parte, informa la apoderada que de pensionarse con Colpensiones, la suma ascendería a \$1.396.301,68.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas y la integrada como litis consorte necesario, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, su afiliación a esas entidades, y las peticiones elevadas con sus respectivas respuestas.

COLPENSIONES propuso como excepciones de fondo, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no

procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos Pensiones y Cesantías, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, innominada o genérica.

EL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en su calidad de litis consorcio necesario, propuso las excepciones que denominó: el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es una entidad de previsión social, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de agosto de 2020, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante en contra de las aquí llamadas a juicio, condenando a la parte actora al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente, concediendo el grado jurisdiccional de consulta, en caso de que la sentencia no sea apelada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación en procurado de que sea revocada la sentencia de primera instancia, y en su lugar sean concedidas todas las pretensiones de la demanda. Manifiesta que una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, es posible verificar que no hay una proyección pensional que debe ser realizada por escrito, explicando desde el punto de vista matemático cual sería la proyección de la pensión en Colpensiones, y cual en Colfondos S.A., no siendo suficiente que únicamente se le manifieste que quedará con una buena proyección pensional al tener buenos rendimientos, aún más, tratándose de una persona que no tiene conocimiento alguno sobre el tema.

Manifiesta la apoderada, que la AFP Colfondos S.A. nunca le indicó a la actora la verdadera realidad, o que de lo contrario, no hubiese efectuado dicho traslado, considerando que lo más importante es el monto en el cual podría quedar su pensión, y que a diferencia de lo que adujo la a quo, la demandante nunca manifestó en su interrogatorio que se le hubiese hecho una comparación entre las características entre ambos regímenes.

Por otra parte, que el actual empleador de la demandante se encuentre cotizando a pensión, no la excluye del derecho de que la misma sea reconocida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora remitió alegatos dentro del término, indicando que en el proceso no se aportó una proyección o liquidación por parte de Colfondos que explicara desde el punto de vista matemático, cuál sería el valor de la pensión de la demandante en Colpensiones y cuál sería el valor de la pensión en Colfondos; que dicha asesoría no puede ser verbal, sino que debe hacerse con todas las formalidades al estar frente a una persona que no tiene idea de una liquidación. Adicionalmente, que tampoco se hizo en el momento de la afiliación una comparación entre todas las características del Régimen de Prima Media frente al Régimen de Ahorro Individual, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se concedan todas las pretensiones de la demanda.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, solicitó confirmar el fallo proferido en primera instancia, indicando que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP Colfondos S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera voluntaria y libre, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, sin que en ningún momento se llegare a observar vicio del consentimiento.

Adicionalmente, que el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación, deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización, no siendo razonable ni jurídicamente válido, imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si le asiste el reconocimiento a la pensión de vejez a la demandante, y los respectivos intereses moratorios.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera

clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite

la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 24 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a COLFONDOS S.A, diligenciado el 18 de junio de 1997, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta; igualmente se recibió interrogatorio de parte de la demandante, quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó que para el año 1997 laboraba en la empresa Carbo Química, lugar donde llegaron funcionarios de Colfondos a darles a todos una asesoría general, y posteriormente, recibió una asesoría individual en las oficinas de la empresa, donde le realizaron una inducción general, y le ofrecían sus servicios para que se pasara para dicho fondo, manifestándole además, que habían rumores de que el ISS se iba a acabar, por lo que los asesorarían para que no quedaran desamparados con su futuro pensional. Adicionalmente, que en ningún momento Colfondos realizó una liquidación, para que supiera cual administradora debería elegir, creyendo en cada una de las apreciaciones de la AFP, accediendo a vincularse con dicha entidad.

Que cuando se encontraba próxima a pensionarse, se acercó a la Colfondos S.A., donde le informan que deberá pensionarse con una salario mínimo mensual legal vigente, aun cuando en la asesoría recibida, se le informó que podría tener una buena mesada en comparación con Colpensiones, debido a los buenos rendimientos que tendría.

Aceptó la demandante, que en la asesoría si le informaron a quien le quedaría su pensión en caso de que falleciera, y que recibe extractos cada trimestre; que nunca tuvo presión para vincularse a la AFP, si no que los beneficios ofrecidos la alentaron a afiliarse. Igualmente, que conoció que su jefe realizó aportes individuales en el fondo, sin embargo, que consideró que su salario al ser integral, podría ser más conveniente, sin que esto la llevara a pensar que no tendría los beneficios que le habrían ofrecido.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora NUBIA STELLA CRUZ FORERO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva -del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A el 18 de junio de 1997 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto revocar dicha sentencia, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el

traslado entre fondos.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante, y del cual manifiesta haber firmado sin presión alguna, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Por otra parte, deberá condenarse a realizar la devolución de gastos de administración, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del

Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las

administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A FAVOR DE LA DEMANDANTE Y A CARGO DE COLPENSIONES

Como quiera que la A quo no accedió al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora NUBIA STELLA CRUZ FORERO, al reconocimiento y pago de mesadas adicionales de la pensión de vejez e intereses moratorios a cargo de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, siendo esta pretensión objeto de apelación por parte de la apoderada de la parte actora, habrá de confirmarse la referida, en la medida que si bien es cierto por virtud del traslado del régimen de prima media al RAIS, la entidad responsable de asumir los riesgos de IVM de la actora es COLPENSIONES, también lo es que el pago de la pensión de vejez que pueda corresponderle a ésta no se puede ordenar al interior de esta actuación, pues se encuentra condicionado al traslado efectivo de los dineros que debe realizar COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS en la medida que es con sujeción a ellos que COLPENSIONES puede proceder a actualizar la historia laboral de la afiliada, adelantar los trámites correspondientes ante los eventuales

responsables de concurrir a su financiamiento y, determinar el ordenamiento jurídico que regula la prestación y le resulta más favorable; amén que, disponer el reconocimiento y pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES sin contar aún con dichos recursos implicaría una afectación a su patrimonio al tener que asumir la obligación dineraria de manera inmediata sin la posibilidad de solicitar, frente al lapso de tiempo que puede transcurrir entre el reconocimiento y el recaudo de los valores a trasladar, sumas y conceptos diferentes a las ordenadas en la sentencia.

COSTAS

Se condenará en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A. Se **REVOCAN** las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de esta demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de agosto de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por NUBIA STELLA CRUZ FORERO en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en cuanto no declaró la nulidad de la afiliación de la demandante efectuada a Colfondos S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante NUBIA STELLA CRUZ FORERO a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, el 18 de junio de 1997, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida.

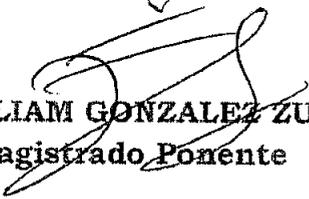
QUINTO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS S.A. Fijese como

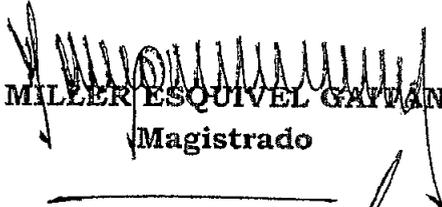
agencias en derecho de esta instancia la suma de \$1.000.000.00 en favor de la parte demandante. Se REVOCAN las de primera instancia las cuales deberán estar a cargo de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Tásense.

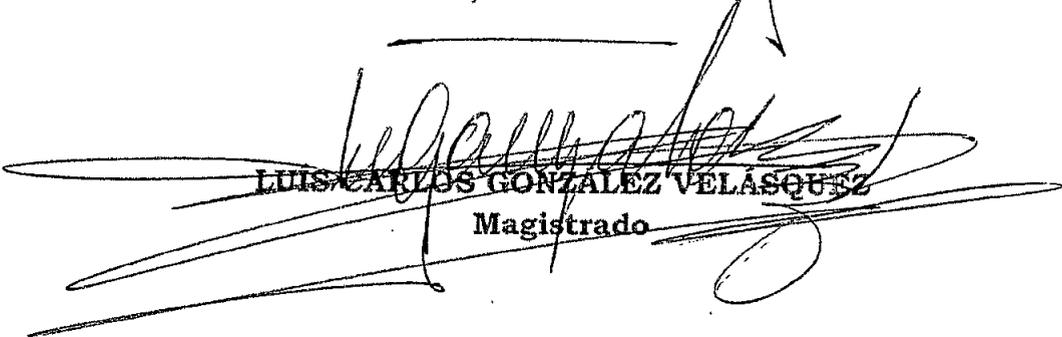
SEXTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado





**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: 110013105035201900719-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de abril de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 03 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral **BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ TORRES** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva a la Dra. BELCY BAUTISTA FONSECA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.748.898 y tarjeta profesional 205.907 del C.S.J., como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones en los términos y para los fines indicados en el poder conferido; adicionalmente se RECONOCE PERSONERÍA adjetiva a la Dra. ANGÉLICA MARÍA CURE MUÑEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y tarjeta profesional 369.821 del C.S.J., como apoderada de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme a la escritura pública allegada.

ANTECEDENTES

BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ TORRES, pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida actualmente administrado por Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad AFP Porvenir, donde actualmente tiene sus aportes la demandante; subsidiariamente, que se declare la ineficacia del traslado; que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con los intereses que se encuentren a nombre de la demandante en su respectiva cuenta de ahorro individual; que se ordene a Colpensiones a aceptar y autorizar los aportes que la demandante tiene en su cuenta de ahorro individual con todos los saldos, cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales, ordenándole además a registrar los respectivos tiempos, aportes, sumas adicionales, semanas de cotización y demás dineros provenientes de Porvenir a su historia laboral; adicionalmente, que se condene a la AFP Porvenir S.A. a pagar a favor de la demandante y ante Colpensiones, la diferencia que pudiere llegar a darse entre los aportes realizados al régimen de ahorro individual y los que deben acreditarse en el régimen de prima media; que se condene a Colpensiones a pagar la pensión de vejez a partir del 07 de julio de 2016, fecha en la que reúne los requisitos tanto de edad, como de semanas cotizadas; condenándola al pago de las mesadas adicionales de cada año, intereses moratorios derivados de la mora en el pago de la pensión de vejez, a indexar el valor de la primera mesada pensional, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó la parte actora, que nació el 07 de julio de 1960, iniciando sus cotizaciones ante el ISS el 15 de julio de 1978 hasta el 30 de junio de 1996. Que la AFP Porvenir S.A. indicó y asesoró indebidamente a la demandante para que se trasladara de régimen, usando falacias como que resultaba más beneficioso, diligenciando el formulario de traslado, empezando a cotizar a partir del mes de julio de 1996.

Que a partir del mes de julio de 1996 hasta la fecha, la demandante ha cotizado a la AFP Porvenir, reuniendo un total de 1.517 semanas, acumuladas entre ambos regímenes, contando con 59 años de edad al momento de la radicación de la demanda, reuniendo así los requisitos de edad y semanas cotizadas exigidas por el Régimen de Prima Media.

Adicionalmente, que Porvenir S.A. durante la asesoría no entregó información veraz, completa y en debida forma, por cuanto únicamente le aseguraron que podría pensionarse cuando lo deseara, violando el deber de información, principios de buena fe y transparencia, sin que le dieran a conocer cuanto era el capital mínimo para acceder a la pensión a cargo de la AFP privada, ni el valor que iba a obtener por mesada pensional.

Que Colpensiones guardó silencio a la hora de comunicar a la demandante acerca de las consecuencias que se derivan de la desafiliación y traslado

de régimen, información que resultaba relevante para tomar la decisión del traslado.

Que previo a la presentación de la demanda, se radica ante Colpensiones solicitud de aceptación de traslado, sin embargo, que la misma le indica que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad y tener derecho a la pensión de vejez; igualmente, que se radica petición ante Porvenir S.A., quien le contestó que no era posible atender de manera la solicitud al encontrarse en una prohibición legal, estando válidamente afiliada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas y la integrada como litis consorte necesario, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, su afiliación a esas entidades, y las peticiones elevadas con sus respectivas respuestas.

COLPENSIONES propuso como excepciones de mérito, las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 03 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante en contra de las aquí llamadas a juicio, condenando a la parte actora al pago de agencias en derecho en cuantía de cincuenta mil pesos (\$50.000), concediendo el grado jurisdiccional de consulta, en caso de que la sentencia no sea apelada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, indicando que evidentemente había un tema de favorabilidad al estar vinculada al Régimen de Prima Media que no fue informado en su momento, derivando de allí el perjuicio. Que el

simple consentimiento no es suficiente para constituir que existía pleno conocimiento de la afiliación al régimen al que se estaba trasladando.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante dentro del término, allegó alegatos de conclusión, indicando que la señora Blanca Cecilia Rodríguez nació el 07 de julio de 1960, e inició sus cotizaciones ante el ISS el 15 de julio de 1978; que la AFP Porvenir asesoró indebidamente a su prohijada para que se trasladara de régimen, utilizando falacias como que resultaba más beneficioso trasladarse a dicho régimen, sin que durante la asesoría se entregara información veraz, completa y en debida forma, por cuando le aseguraron a la demandante que podía pensionarse cuando lo deseara, violando el deber de información, además de que su mandante ya cumplió con los requisitos exigidos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para adquirir su pensión de vejez, y que de no autorizar y/o aceptar el traslado de régimen, se estaría frente a una vulneración directa de sus derechos pensionales, desconociendo los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, indica que no es ajena a la actual postura de la H. Corte Suprema de Justicia frente a los procesos de nulidad e ineficacia del traslado, que incluso se viene aplicando por vía tutela, sin embargo, se alejan de dicho análisis, toda vez que la Corte hasta hace muy poco, estuvo conformada por 5 magistrados que actualmente volvieron a ser 7, y de estos 5 las reglas creadas para ineficacia fueron dadas por dos magistrados, que nunca se han pronunciado sobre los fuertes argumentos que esgrimen los fondos de pensiones, y que si bien los fallos actuales de dicha corporación fueron las bases de este nuevo precedente de las sentencias de 2008, los supuestos fácticos de aquellas a los de ahora distan bastante, solicitando a la sala que se tengan en cuenta los aspectos respecto a la prohibición legal, sobre no acreditar vicios del consentimiento, a la carga de la prueba, deber de información, la calidad profesional de la demandante, la descapitalización del sistema, de la prueba del perjuicio ocasionado y el no atendimiento de forma sistemática.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., solicita confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto no se configuran los presupuestos de la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, al haberse efectuado el traslado de manera libre, voluntaria y consiente, como se expresa en el formulario de afiliación; asimismo, consideran que el traslado reviste de completa validez, en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigían una información en los términos reclamados en la

demanda, siendo claro que para la fecha no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de asesoría, buen consejo o doble asesoría.

Adicionalmente, que la demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, teniéndose en cuenta que el artículo 13 original de la Ley 100 de 1993, señalaba que los afiliados al sistema general de pensiones podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada 3 años, contados a partir de la selección inicial.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si le asiste el reconocimiento a la pensión de vejez a la demandante, y lo que reclama a partir de dicho reconocimiento.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo

el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 214 del expediente digital y 178 del expediente físico obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima Media administrado por el ISS, diligenciado

el 23 de mayo de 1996, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta; igualmente se recibió interrogatorio de parte de la demandante, quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, indicó que su traslado fue motivado debido al pánico que existía en la época, el existir rumores de que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría; que un asesor comercial de Porvenir le lanzó a ella y a sus compañeros de trabajo un “salvavidas”, al manifestarles que tenían la opción de realizar el traslado o poner en riesgo su pensión en el ISS. Que no se les brindó asesoría, y que simplemente realizaron una reunión general, y después les remitieron el formulario que debía ser firmado. Que en la reunión general les explicaron que era Porvenir, les indicaron que podían escoger la clase de pensión que quisiera, que la misma podría ser programada y vitalicia, pudiendo pensionarse con anticipación; adicionalmente, que si en algún momento llegaba a fallecer, la pensión no se perdería y la misma sería entregada a sus hijos; que con respecto al monto de la misma, la diferencia con el ISS era mínima o muy parecida.

Por otra parte, manifiesta la demandante que recibía extractos, sin embargo, que no entendía su contenido ni su utilidad.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ TORRES asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las

calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 23 de mayo de 1996 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto revocar dicha sentencia, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el traslado entre fondos.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante, y del cual manifiesta haber firmado sin presión alguna, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Por otra parte, deberá condenarse a realizar la devolución de gastos de administración, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de

Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código

Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.»

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A FAVOR DE LA DEMANDANTE Y A CARGO DE COLPENSIONES

Como quiera que el a quo no accedió al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ TORRES, al

pago de mesadas adicionales, intereses moratorios y a indexar el valor de la primera mesada pensional, siendo la sentencia apelada en su totalidad, habrá de confirmarse la referida, en la medida que si bien es cierto por virtud del traslado del régimen de prima media al RAIS, la entidad responsable de asumir los riesgos de IVM de la actora es COLPENSIONES, también lo es que el pago de la pensión de vejez que pueda corresponderle a ésta no se puede ordenar al interior de esta actuación, pues se encuentra condicionado al traslado efectivo de los dineros que debe realizar LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en la medida que es con sujeción a ellos que COLPENSIONES puede proceder a actualizar la historia laboral de la afiliada, adelantar los trámites correspondientes ante los eventuales responsables de concurrir a su financiamiento y, determinar el ordenamiento jurídico que regula la prestación y le resulta más favorable; amén que, disponer el reconocimiento y pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES sin contar aún con dichos recursos implicaría una afectación a su patrimonio al tener que asumir la obligación dineraria de manera inmediata sin la posibilidad de solicitar, frente al lapso de tiempo que puede transcurrir entre el reconocimiento y el recaudo de los valores a trasladar, sumas y conceptos diferentes a las ordenadas en la sentencia.

COSTAS

Se condenará en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. Se REVOCAN las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de esta demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 03 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ TORRES en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en cuanto no declaró la nulidad de la afiliación de la demandante efectuada a Porvenir S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante BLANCA CECILIA RODRÍGUEZ TORRES a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 23 de mayo de 1996, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida.

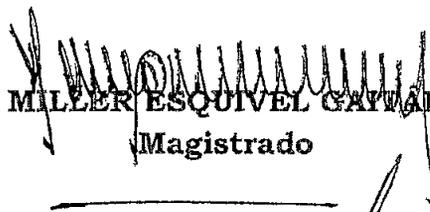
QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$1.000.000.00 en favor de la parte demandante. Se REVOCAN las de primera instancia las cuales deberán estar a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Tásense.

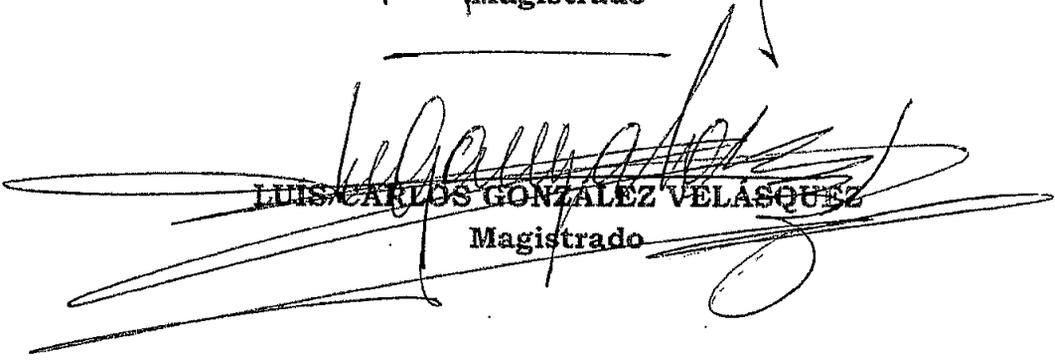
SEXTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia proferida.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105002201700655-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de abril de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 04 de agosto de 2020 por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **BLANCA LILIA LÓPEZ SALAMANCA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y como litis consorte necesario, **LA UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP;** no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.435.292 y tarjeta profesional 289.256 del C.S.J., como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Se RECONOCE PERSONERÍA adjetiva al Dr. DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.018.966 y tarjeta profesional 373.906 del C.S.J., como apoderado sustituto de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Igualmente, se RECONOCE PERSONERÍA adjetiva a la Dr. JESSICA ALEJANDRA

POVEDA RODRÍGEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.075.664 y tarjeta profesional 259.322 del C.S.J., como apoderada sustituta de la Unidad Administrativa de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

BLANCA LILIA LÓPEZ SALAMANCA, pretende que se declare que es beneficiaria el régimen de transición, que se ordene el traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al Régimen de Prima Media con Prestación Definida dirigido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, ordenando el traslado de los aportes pensionales que reposan en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos financieros, igualmente el traslado de la información de manera detallada sobre las cotizaciones efectuadas e información, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 26 de septiembre de 1959, contando con 57 años de edad al momento de la presentación de la demanda; que inició su vida laboral en el Hospital de Yopal E.S.E., desde el 16 de mayo de 1974 hasta el 25 de noviembre de 1986, realizando para este entonces cotizaciones pensionales a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL; que posteriormente, se vinculó a la Sociedad Clínica de Casanare, desde el 08 de julio de 1988 hasta el 01 de noviembre de 1994, realizando aportes pensionales al Instituto de Seguros Sociales – ISS.

Que para la fecha de entrada en vigencia del sistema general en pensiones, 01 de abril de 1994, contaba la actora con 831.7 semanas, equivalentes a 16 años.

La demandante procedió a trasladarse al régimen administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., sin tener una asesoría integral y clara, por lo que no fue consciente de las implicaciones que conduciría dicho traslado, elevando diferentes peticiones solicitando el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Aduce el apoderado, que desde inicios del 2013 su prohijada solicitó ante Colpensiones el traslado de fondo, por ser beneficiaria del régimen de transición, amparada por la Sentencia SU 062 de 2010, a lo que obtuvo una respuesta negativa por no cumplir 15 años o más de servicios cotizados, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Que para el 02 de octubre de 2014 y 08 de octubre de 2014, se elevaron derechos de petición ante las demandas, solicitando la corrección de la historia laboral y posteriormente el traslado de régimen pensional, sin embargo, que la AFP Porvenir se abstuvo de realizar la corrección y rechazó la petición de traslado, radicando solicitud de reconstrucción de corrección de historia laboral ante la Oficina de Bonos Pensionales adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el 23 de enero de 2015.

Por último, que la AFP Porvenir S.A. solicitó al Ministerio de Salud y de la Protección Social, copia de los pagos de los periodos cotizados a Cajanal por parte del empleador E.S.E. Hospital de Yopal, con el fin de remitir soporte a la Oficina de Bonos Pensionales, encontrando que el 10 de noviembre de 2015 la requerida y que el 20 de diciembre de 2016 la Unidad de Pensiones y Parafiscales UGPP, remiten soportes de planillas de pago, sin que hasta la fecha la AFP haya hecho los respectivos trámites para agilizar el traslado pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos Porvenir S.A. en su mayoría manifestó no constarles, salvo los relacionados con la edad y las peticiones contestadas a la demandante. Por otra parte, Colpensiones indicó en su mayoría que los hechos eran ciertos, a excepción de los relacionados con las fechas de las cotizaciones realizadas a Cajanal, la asesoría efectuada por Porvenir S.A. y trámites adelantados por dicha AFP.

COLPENSIONES propuso como excepciones previas las de no comparecer la demanda todos los litisconsortes necesarios y falta de legitimación en la causa por pasiva; como de mérito, las que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica (fl. 133-134).

Con respecto a la **UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, la demanda se tuvo por no contestada mediante Auto del 14 de noviembre de 2019.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 04 de agosto de 2020, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad de la afiliación y traslado de la demandante al RAIS, celebrado el 02 de diciembre de 1994 a Porvenir, declarando que la señora Blanca Lilia López es beneficiaria del régimen de transición, y en consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y que hubiere recibido producto de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración, ordenando además a COLPENSIONES, a recibir los aportes de la accionante, procediendo a corregir y actualizar su historia laboral y tenerla entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, declarando no probadas las excepciones propuestas por las convocadas a juicio, declarando de oficio la excepción denominada falta de legitimación en la causa en favor de la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES UGPP; costas, a cargo de PORVENIR S.A. Se fijó en la suma de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada la sentencia de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. sustenta su recurso en lo relacionado con la declaratoria de nulidad del régimen pensional de la demandante, la condena sobre la devolución de los saldos que se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la demandante y condena en costas en contra de su representada; indicó el apoderado que de acuerdo a la fijación que se ha hecho de cuál sería el eje central de la sentencia, se tiene que lo que estudió el Despacho en el caso concreto fue lo relacionado con la nulidad del traslado del régimen pensional de la demandante, por lo que indica que debe tenerse en cuenta el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y Decreto 656 de 1994 artículo 15, donde se dispone que los requisitos necesarios para el traslado de régimen pensional es la suscripción del formulario de afiliación, situación que se encuentra acreditada sin que dicho documento hubiese sido tachado como falso, teniendo además que la demandante afirmó que su firma era la que constaba ahí, por lo que el acto jurídico se celebró de acuerdo a los términos legales que para la época estaban previstos.

Afirma el apoderado, que para la época no es que no existiera un deber de información legal, sino que únicamente existía un deber de información diferente que se ha venido predicando con la expedición de los Decretos 2555 del año 2006 y 2071 de 2015, encontrando que se han creado obligaciones diferentes con el paso de los años, por lo que pretender que hubiese una prueba diferente al momento de la vinculación de la demandante diferente al formulario, va más allá de lo que era exigible en el momento, dándosele efectos a una norma posterior.

Indica el apoderado que de acuerdo con el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 1993, se requería información veraz, clara y oportuna que permitiera una decisión de acuerdo a las alternativas de mercado; que no existe un error de hecho en la medida de que tendría que haberse acreditado que la demandante no tenía un conocimiento pleno de cuál era el negocio jurídico que estaba celebrando, siendo consciente de que estaba realizando un traslado de régimen pensional, que iba a cambiar el esquema del reconocimiento de la pensión, sin que pueda alegarse vicio alguno.

En lo relacionado con la devolución de saldos, indica que dentro de las pretensiones que dan inicio a la demanda, no se encuentra que se haya solicitado la condena a devolución de gastos de administración, además pagos de seguros para los cubrimientos de invalidez y muerte, por lo que al no ser solicitados no se debió acceder a la condena, entendiendo que los mismos han sido consumidos durante el tiempo de vinculación, y que de accederse a lo anterior, sería tanto como contrariar el artículo 1746 y demás normas que regulan la materia, entendiéndose por tal, que en este caso se deben recibir las cosas en el estado en que se encuentran.

Con relación al tema de costas, afirma el apoderado que en razón a que no se acreditó el vicio del consentimiento y por lo anteriormente manifestado, no se cumpliría con los presupuestos del artículo 365 del C.G.P.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, aduce que la a quo al momento de proferir sentencia considerando la falta de información de la AFP al momento de la suscripción del formulario de la afiliación, según la normatividad aplicable para la Ley 100, artículo 3 literal B y E, Decreto 692 del 1994, Decreto 663 del 93, era la aceptación espontánea y libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, la cual se manifiesta a través de la firma del formulario, por lo que en este momento dicha circunstancia se dio a plenitud conforme al documento suscrito y a lo indicado por la demandante en el interrogatorio; adicionalmente, que para la fecha de la suscripción del formulario, no existía la Ley 748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de una doble asesoría, por lo que las pruebas deben ser valoradas conforme a la normatividad vigente para la fecha en que se suscribió el formulario o la materialización del traslado.

Que en cuanto a lo manifestado por la aquo, la carga probatoria recae únicamente en la AFP, por lo que en cuanto en la normatividad entre 1998 y 2016 no exigía nada diferente al formulario de afiliación donde constaba la plena intención del cambio de régimen, y es por lo que se imponen cargas adicionales a las ya establecidas, poniendo en consideración, que la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones resulta lesionada con la decisión adoptada por la Juez de Primera Instancia, en cuando a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, reiterando que en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, se hace la previsión expresa de que el afiliado no podrá trasladarse cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Que debe tenerse en cuenta además, que los recursos que recibe la administradora por conceptos de cotizaciones no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte actora, solicitó confirmar la decisión de primera instancia, indicando que fue posible percibir y probar durante el desarrollo de la litis, la omisión de Porvenir S.A. en la obligación de información, pues el asesor debe tener todo el conocimiento referente al sistema pensional, así como de las ventajas y desventajas que existen entre ambos regímenes, dejando a un lado el buen obrar exigido por las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con el principio de eficiencia que erige al sistema de seguridad social, al tenor del literal a, del artículo 2 y la escogencia libre y voluntaria del régimen pensional de conformidad con el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, que remite el artículo 271 de la misma normatividad.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, allegó alegatos de conclusión, solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia, y como consecuencia, se nieguen todas y cada una de las pretensiones de la demanda, precisando que estamos ante un caso en el que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por la parte demandante, por cuanto la misma se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por el legislador en la Ley 797 de 2003 en su articulado 2, estableciendo que esta nació el 26-09-1959, por lo que al momento de la impetración de la presente acción ya contaba con 57 años de edad. Adicionalmente, que la actora señala haberse trasladado por medio de la presunta ignorancia del sujeto “*débil*” de la relación contractual, la cual a la postre termina siendo un error sobre los elementos esenciales del negocio jurídico, que para el presente eran totalmente saneables; que al estar ante una situación que podría llevar al detrimento patrimonial del Estado, se solicita aplicar el principio de la sostenibilidad financiera y que esta da soporte a la validez de las prohibiciones legales del traslado establecidas en la Ley 100 de 1993, al igual que lo contentivo en el Acto

Legislativo 01 de 2005 y el artículo 48 de la Constitución Política, solicitando además que no se condene a Colpensiones en costas y agencias en derecho, ya que las mismas operan en casos en los cuales se de una parte vencida en juicio, elemento que al verificar el trámite desarrollado en la etapa administrativa y judicial, Colpensiones resulta ser un tercero de la controversia.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., solicitó revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, señalando que el traslado efectuado por la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación; que el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que precisó que se debió llegar al punto de desanimar a la demandada de hacer su vinculación a dicha AFP, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado, no están en contra del principio de igualdad; igualmente, que el a quo no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante, reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento; adicionalmente, que es claro que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por la demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de doble asesoría.

Por otra parte, afirma Porvenir S.A. que las sumas destinadas al pago de seguro previsional y los gastos de administración no deben ser trasladados al Régimen de Prima Media en la medida que, durante el periodo de afiliación de la demandante, la AFP cumplió con la finalidad de proporcionar al afiliado el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, es decir, se convirtieron conforme con la estructura del Régimen de Ahorro Individual.

La UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, solicitó que se confirme la decisión proferida por el a quo en lo concerniente a la UGPP, indicando que no fueron partícipe del traslado de fondo, pues no era la entidad a la cual se encontraba vinculada, anotando que para la fecha en que se dio el traslado de régimen, el deber de información no estaba sometido a la obligación de entregarse doble asesoría, por tanto no hay lugar a responsabilizar a la extinta entidad en caso de que se declare probada esa pretensión.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por la demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado y que por su calidad de profesional debía conocer **iii)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **iv)** Si PORVENIR S.A está obligada a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos los gastos de administración, y **v)** Si PORVENIR debe ser exonerada del pago de COSTAS. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo

precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 136 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A, diligenciado el 02 de diciembre de 1994, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente recibió interrogatorio de

parte de la demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que nunca tuvo una asesoría a través de la cual le indicaran las condiciones de la afiliación, afirmando que si bien su firma se encuentra en el formulario allegado al plenario, lo cierto es que no recuerda haber firmado el mismo, enterándose de dicho traslado, en razón a una carta allegada por la AFP Porvenir en el año 2010.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora BLANCA LILIA LÓPEZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva -del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante, y del cual manifiesta no recordar haber firmado, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a

sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Por otra parte, la Sala realizará precisión de que aun cuando en términos del artículo 271 de la Ley 100 de 19931, lo propio es tener por ineficaz el traslado de régimen, no se incurre en error cuando se acude a la declaratoria de la nulidad, ya que una y otra aparejan como consecuencia que dentro de los dineros que se ordena devolver, por cuanto desde el surgimiento del acto ineficaz, tales recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, como acertadamente lo dispuso la A quo.

Al tema oportuno resulta citar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2010, con radicado 68852, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cuando en lo pertinente señaló:

“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con

ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación sólo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga 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)."

Por lo tanto, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, es procedente el traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES, como quiera que sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 02 de diciembre de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la publicidad realizada en el diario de amplia circulación tampoco genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e

información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un error al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la

pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media

con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.»

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...) (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria o exoneración.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta recordar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones. Las de primera instancia se confirman.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 04 de agosto de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por BLANCA LILIA LÓPEZ SALAMANCA en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

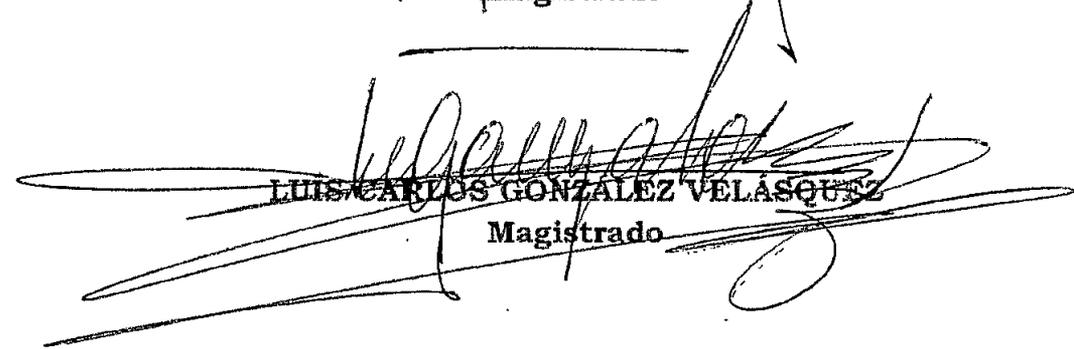
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105032201900574-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de abril de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de COLPENSIONES, COLFONDOS Y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 07 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ MARINA GIRALDO RESTREPO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

ANTECEDENTES

LUZ MARINA GIRALDO RESTREPO, pretende que se declare la nulidad del traslado de régimen efectuado a través de la afiliación realizada a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, determinando que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado la demandante en el RAIS carecen de validez jurídica; que se declare que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; que como consecuencia de lo anterior, se condene a Colfondos S.A. a registrar en su sistema de información que la afiliación efectuada por la señora Luz Marina Giraldo estuvo viciada de nulidad por error de hecho; que se condene a Porvenir

S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos rendimientos e intereses a que haya lugar; que se condene a Colpensiones a activar la afiliación en pensión de la señora Luz Marina Giraldo, actualizando en la historia laboral las cotizaciones efectuadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 03 de noviembre de 1962, empezando a cotizar al ISS desde el 30 de julio de 1981; que la AFP Colfondos, la persuadió en noviembre de 1994 para que se vinculara a dicho régimen, haciéndole creer que era lo mas conveniente para ella; que dicha administradora no informó a la señora Luz Marina Giraldo al momento de la afiliación, de las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, ni sus desventajas y riesgo.

Que posteriormente, la demandante efectúa traslado al fondo privado Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., sin que recibiera asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional.

Que en el mes de febrero de 2019, solicitó a Porvenir S.A. que le informara cual sería su derecho pensional, toda vez que ya estaba a unos meses de cumplir los 57 años de edad, a lo cual se le informó que al cumplir dicha edad, su mesada pensional sería de \$1.855.200; que al cumplir 58 años sería de \$1.992.400; al cumplir 60 años, sería de \$2.282.800, pese a que el salario devengado supera los \$7.000.000.

Que una vez informado lo anterior, presentó ante Colfondos S.A. y Porvenir S.A., solicitud para que se remitieran los documentos firmados a nombre de la demandante, inclusive si reposaban asesorías o proyecciones de su pensión, solicitando además ante dichas AFP, que procedieran a anular la afiliación y que trasladara los aportes a Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos manifestaron en su mayoría no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la edad, las afiliaciones efectuadas y las peticiones contestadas a la demandante.

COLPENSIONES propuso como excepciones de mérito las que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, prescripción, falta de causa para pedir, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. propuso las excepciones de fondo denominadas inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencias de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y excepción genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 07 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: “(...) *DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas conforme las consideraciones expuestas; DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante LUZ MARINA GIRALDO RESTREPO a través de la demandada AFP COLFONDOS S.A. de fecha 21 de noviembre de 1994, así como su posterior traslado a la AFP Horizonte; Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar con destino a Colpensiones las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante, mientras estuvo afiliada a tal administradora; CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A, a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorros individual de la demandante, junto con sus rendimientos, al igual que el valor descontado por gastos de administración generados durante su afiliación a esta administradora; ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a tener a la demandante LUZ MARINA GIRALDO RESTREPO, como afiliada al RPM en las mismas condiciones en que se encontraba en el momento del traslado del régimen que se está declarando ineficaz; COSTAS. A favor de la demandante y a cargo de la demandada COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS Tásense por Secretaria incluyendo la suma equivalente a 3 SMMLV; SIN COSTAS respecto de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A.; CONSULTA. En caso de no ser apelada la presente providencia, y en lo desfavorable a la demandada Colpensiones, envíese al superior en grado jurisdiccional de consulta (...)*”.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada la sentencia de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS manifestó no encontrarse de acuerdo con la sentencia proferida, en lo relacionado a las condenas impuestas a Colfondos respecto a la devolución de gastos de administración, así como a la imposición de costas procesales, señalando que en el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, que regula el cobro de las comisiones en razón a que en el RAIS administra recursos privados y públicos que son destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deben de reconocerse a sus afiliados, por lo que no se comparte la decisión, en cuanto permanecer en el RAIS le permitió a la demandante tener rendimiento respecto a los dineros que ha cotizado en su cuenta de ahorro individual, ya que en razón a la ineficacia del traslado deprecado, también sería pertinente que el Despacho hubiese ordenado la devolución de los rendimientos de los cuales se ha beneficiado la demandante, pues de tener dichas cotizaciones en el Régimen de Prima Media, no se hubiese beneficiado de los rendimientos de esos dineros cotizados, toda vez que no es la funcionalidad de dicho régimen, solicitando que se absuelva a la demandada de las condenas impuestas respecto a las costas y agencias en derecho.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. sustenta su recurso, manifestando que dicha administradora no conoció las circunstancias de cómo se realizó el traslado de régimen, sin embargo, que es a quien perjudica la decisión directamente, en cuanto no solamente debe generar o trasladar los gastos de administración en toda la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos y generando así un perjuicio patrimonial.

Adicionalmente, que se declaró una ineficacia en la que no se probó algún tipo de dolo como lo manifiesta el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que habla sobre impedir o atentar, suponiendo esto un dolo, que además no fue alegado ni probado en el proceso, siendo necesario tener en cuenta que efectivamente se allegaron al proceso los documentos que se tenían en poder de dicha administradora, como es el formulario de afiliación y demás documentos que acreditan el cumplimiento de la ley por parte de Porvenir S.A., no siendo dable manifestar que no existen pruebas del cumplimiento de las obligaciones, máxime cuando la misma demandante manifestó saber y comprender que del dinero que ahorraba iba a depender su mesada pensional, ratificada aparte de ello, por los tres testigos que hablaron de un ahorro pensional.

Por otra parte, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, recordando que es una norma que fue sometida a un control previo constitucional, siendo declarada exequible por aspectos de interés general por encima del particular con un principio de estabilidad financiera en el RAIS, sin embargo, que el a quo condenó a la administradora a una devolución y a unas condenas de gastos de administración, sin tener en cuenta lo expuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, ya que también en el Régimen de Prima

Media se destina un 3% de la cotización a financiar gastos por invalidez y sobreviviente, por lo que en este caso, los gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, y por ellas están sujetos a la prescripción, pese a no haber sido declarada probada esta excepción, por lo que generar ese retorno o devolución, sería generar un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada Colpensiones, quien no estuvo en esa administración que generó Porvenir en los últimos 15 años.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, aduce que el a quo no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiéndose que Colpensiones, es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y las AFP, razón por la que todos los actos jurídicos tienen efectos interpartes, por lo que independientemente de la decisión adoptada por el juez, Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada, adicional a que de recibir a la parte actora como afiliada, se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones en el cual se establece en el artículo 48 de la Constitución Política, y adicionado por el artículo 01 del Acta 1 Legislativo de 2005, pues en dicha condena, debe tenerse en cuenta el impacto en el PIB de la reserva pensional.

Indica la demandada que debe estudiarse el escenario en el cual las AFP que faltaron a su deber de información, no acarrearán graves consecuencias, siendo Colpensiones, que sin tener injerencia en la celebración del acto jurídico, las acarrea.

Que no se puede esperar que una persona después de más de 20 años, quiera retornar a un régimen porque supuestamente no tuvo una información adecuada; y que, en caso de que no exista posibilidad de revocar la sentencia, solicita que el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral condene a las AFP a que paguen a Colpensiones los perjuicios económicos que ellos generaron a su representada, en virtud de la teoría del daño del derecho civil, considerando que quien ha hecho el daño, es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia proferida el 07 de septiembre de 2020, indicando que no le asiste razón al fallador, por cuanto en dicho asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez; que dicho acto no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario un incapaz absoluto, y que de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los

artículos 1742 y 1743 del citado código, adicional a que dicha AFP siempre le garantizó el derecho de retracto.

Que con relación a los gastos de administración, la Superintendencia Financiera de Colombia, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia de traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes, y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro provisional, ni tampoco la comisión de administración.

La apoderada de la demandante, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, manifestando que a través de las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada, una responsabilidad social y empresarial, especialmente a aquellos potenciales clientes, a fin de que, en su proceso de captación le suministren toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye en su futuro pensional.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, guardó silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por la demandante como su interrogatorio de parte, y los testimonios recibidos fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **iii)** si la permanencia en el RAIS por más de 20 años sana la nulidad del traslado de régimen,, **iv)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si los fondos PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A están obligados a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación a ellos realizada; **vi)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema; y **vii)** si es procedente a exonerar a COLFONDOS S.A. del pago de costas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho

proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a

los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 61 del expediente obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a COLFONDOS S.A, diligenciado el 21 de noviembre de 1994, y a folio 228, reposa el formulario de afiliación y traslado de Colfondos S.A. a Horizonte diligenciado en fecha 12 de octubre de 2001, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que los traslados se realizaron de forma correcta. Igualmente recibió interrogatorio de parte de la demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó, que para la época trabajaba en Prego Televisión, y que a dicha empresa llegaron los representantes de Colfondos S.A.; que dicha AFP pertenecía a al grupo Santo Domingo, dueños de la empresa para la que trabajaba; que los asesores de la AFP les ofrecieron dicho traslado indicándoles que el Instituto de Seguro Social estaba quebrado, y que el mismo se acabaría, por lo que no tendrían una pensión. Que su pensión en el fondo privado sería hasta el 80% de lo que estuviera ganando para la época en que se fuera a pensionar, y que su plata estaría segura. Que el asesor les dijo que se encargarían del tema del papeleo, y así realizar el traslado. Que les ofrecieron ahorros voluntarios, indicándoles que les servía para vivienda, salud u otras circunstancias; además de que el mismo ayudaría para bajar su carga tributaria. Que no se acercó a las instalaciones de Colfondos a solicitar información adicional, y que su motivación para trasladarse de Colfondos a Porvenir fue un cambio de trabajo, donde le indicaron que allí manejaban dicho fondo. Indicó que no sabe que es una cuenta de ahorro individual; que tampoco le informaron acerca de rendimientos; que no leyó el formulario de afiliación cuando realizó el traslado a Porvenir S.A.; que recibe extractos de Porvenir; que desea retornar a Colpensiones, ya que

actualmente se dio cuenta que su pensión corresponderá al 25%, lo cual no corresponde ni a dos salarios mínimos mensuales; que sabe que tiene las semanas para pensionarse en Colpensiones, así como la edad; que hasta hace un año y medio conoció los requisitos para pensionarse con Porvenir; que para la época, no sufría ninguna discapacidad mental, psíquica o psicológica; que no se sintió presionada o coaccionada al momento de realizar el traslado.

Se recibieron también los interrogatorios de parte de los representantes legales de Porvenir S.A. y Colfondos S.A.; el representante de Porvenir S.A., indicó que para el año 2001, el asesor debía revisar previo a incentivar el traslado de régimen, la historia laboral y documento de identidad; que desconoce el número de semanas con las que contaba la actora al momento de la afiliación, así como el capital ahorrado para dicha fecha. Indica que es cierto que Porvenir al momento del traslado no le puso escenarios de comparación en los dos regímenes, en cuanto para la fecha no era un requisito, sin embargo, que si se le brindaron las características necesarias para cada uno de los regímenes, que si bien no le consta, los comerciales están obligados a lo mismo.

El representante de Colfondos S.A., indicó que solo cuentan con el formulario de afiliación, además de que para la época, la asesoría se brindaba de manera verbal, sin que exista un documento adicional, o alguna proyección pensional, desconociendo cual fue la información que se le suministró a la accionante al momento de la afiliación.

Adicional a lo anterior, se recibieron los testimonios de los señores Patricia Gómez Medina, Enrique Bueno Lindo y Alberto Medina López.

La señora Patricia Gómez Medina, indicó que conoció a la demandante, ya que trabajaban juntas, y que posteriormente han seguido siendo amigas y colegas. Indicó que le consta en como la AFP realizaba la afiliación; que su argumentación se basada en que los fondos privados tenían un mayor músculo financiero, debido a que eran parte de grandes empresas, adicional a que el seguro social estaba decaído y tenían mala fama en dicho momento; que nunca hicieron una diferenciación entre ambos regímenes, simplemente vendían el traslado como algo “maravilloso”, sin que recibieran información clara ni veraz.

El señor Enrique Bueno Lindo, indica que es amigo de la demandante, y que la conoció desde hace varios años al ser compañeros de trabajos; que ambos se afiliaron al mismo tiempo al fondo, en la época en que los fondos privados eran un auge; manifiesta que recibieron una charla donde les explicaron en qué consistía la afiliación, dándoles una garantía de que el fondo privado iba a ser lo mejor, ya que el ISS tenía mala fama, que podrían hacer ahorros voluntarios, y que así saldrían con una mejor pensión. Que el asesor de Colfondos contestó a las preguntas del grupo reunido, sin embargo, que no recuerda cual fue la información

suministrada.

El señor Alberto Medina López, indicó que la demandante hizo parte del grupo en el cual les dieron una charla de la importancia de pasarse a los fondos privados, específicamente a Colfondos S.A., convenciéndolos de que daba mejores resultados a futuro. Manifestó que la empresa era propiedad del Grupo Santo Domingo, y eso les generaba cierta confianza para efectuar el traslado; que no recuerda si la afiliación se realizó en el mismo tiempo, ni recuerda con detalle la información que les dieron con respecto a ambos regímenes.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaban COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUZ MARINA GIRALDO RESTREPO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante, afirmando que lo firmó voluntariamente, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688- 2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que

desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Por lo tanto, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, es procedente el traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES, como quiera que sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. enseñaron de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el traslado entre fondos.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los

dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un error al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse

realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibídem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a

Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que permitiría admitir dicho argumento.

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. *En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)* (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria o exoneración.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones. Las de primera instancia se confirman.

Por último, y en relación a la petición presentada por el apoderado de COLPENSIONES en la sustentación del recurso de apelación, respecto a que solicita que el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral condene a las AFP al pago de los perjuicios económicos que generaron a su representada en caso no de revocarse la sentencia, la Sala se releva de su estudio, en cuando la misma no fue objeto de litigio en el presente proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

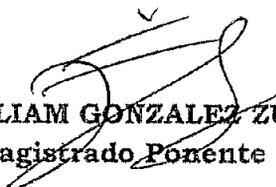
RESUELVE

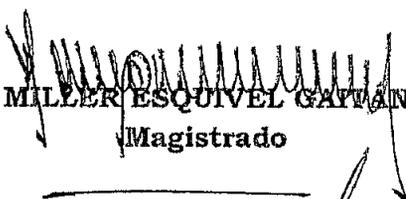
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 07 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LUZ MARINA GIRALDO RESTREPO en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

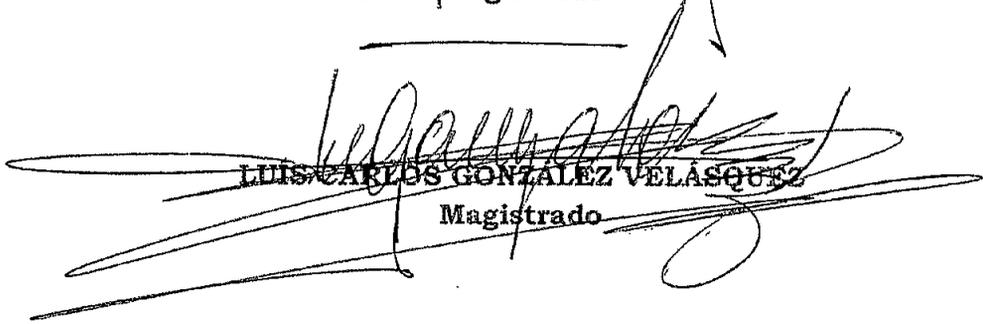
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



100