



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105005201900010-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintidós (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 Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 17 de febrero de 2021 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANGELA MARÍA PÉREZ VIÑA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., CON LA VINCULACIÓN DE COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS COMO LITISCONSORTE NECESARIO**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva al Dr. Jhon Ferney Patiño Hernández, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.072.653.246 y tarjeta profesional 319.844 del C.S.J., como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Angela María Pérez Viña promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado al RAIS; que como consecuencia de lo anterior, se ordene a Colpensiones y a Porvenir S.A. a realizar los trámites a que haya lugar para activar la afiliación de la demandante al RPM administrado por Colpensiones, realizando la

devolución de todos los aportes netos cotizados, con sus rendimientos ; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el día 26 de mayo de 1960, iniciando a cotizar en el año 1994, acogiéndose al RPM administrado por el ISS; que para el año 1997, se traslada al RAIS administrado por Porvenir S.A., indicando que un asesor de dicho fondo le ofreció llenar una solicitud de vinculación, con el argumento de que la pensión sería superior que en el ISS, sin dar más explicaciones, y sin que se le proporcionara información veraz, completa y suficiente, necesaria para una decisión tan trascendental, adicional a que no se efectuó la simulación del valor proyectado de la mesada pensional en ambos regímenes.

Que pese a elevar peticiones ante las demandadas solicitando la nulidad de la afiliación, las mismas se negaron.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, Colpensiones en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su vinculación al RPM y la petición presentada.

Porvenir S.A., frente a los hechos, en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, excepto el relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante.

Colfondos S.A. presentó oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se involucre tal fondo, en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante a Colfondos S.A., y a la condena en costas, sin que presente oposición frente a las pretensiones de la demanda con relación a Colpensiones y Porvenir; frente a los hechos, indica no constarle ninguno, excepto el relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales

de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo.

La vinculada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** propuso las excepciones de fondo que denominó buena fe, innominada o genérica, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de febrero de 2021, el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la nulidad del traslado del RPM al RAIS efectuado por la señora Angela María Pérez Viña a través de Porvenir S.A.; ordenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones, junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a Colpensiones, a recibir los aportes procediendo a actualizar la historia laboral de la demandante. Absuelve a Colfondos S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y condena en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de las demandadas Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, indica que no se encuentra conforme con la decisión, toda vez que a la demandante no le asiste razón de declararse la nulidad del traslado, ya que se encuentra válidamente vinculada, tal y como consta en el formulario de afiliación que suscribió, aceptado las condiciones de dicho régimen; adicionalmente, refiere que en el interrogatorio de parte rendido, se evidencia que al momento de estar afiliada por error en Colfondos S.A., solicita retornar a Porvenir S.A., ratificando su decisión de permanecer a este fondo.

Refiere que no se puede efectuar el retorno al RPM, ya que se estaría yendo en contravía del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por encontrarse inmersa en dicha prohibición, ya que no puede trasladarse a dicho régimen cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad requerida para pensionarse.

Asimismo, que en el presente proceso no se vislumbra ningún error en el objeto, y que por el contrario, se está desconociendo que “*la ignorancia del derecho, no sirve de excusa*”, y mucho menos, de una persona que tiene la condición de abogada, para así deshacerse de sus obligaciones y pedir que se anule una obligación por error, aun cuando el error de derecho no vicia el consentimiento; adicionalmente, que si bien el deber de información está

en cabeza de las AFP, también existen obligaciones por parte de los afiliados, como lo es informarse de los servicios que están adquiriendo cuando se trasladan de régimen, siendo negligente la actora al no corroborar lo suministrado, preocupándose únicamente por su futuro pensional cuando ya estaba a menos de un año de cumplir la edad requerida.

Finalmente, hace alusión la apoderada a que se está yendo en contravía de la sostenibilidad financiera del sistema, debiendo evitarse la descapitalización de la seguridad social, pues si bien se reciben todos los aportes de la cuenta individual de la demandante, sus frutos, rendimientos entre otros, a futuro para Colpensiones no es rentable, y que a futuro las personas que hoy en día están cotizando en este régimen las están dejando en desventaja.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** aduce que es importante manifestar que el verdadero problema jurídico aquí, se limita a determinar la existencia del error como vicio del consentimiento en el negocio jurídico, derivándose de allí las consecuencias pretendidas; que como ya es conocida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en cuanto al examen que determina a obligación de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, no se está desconociendo el deber de información, sino que se cumplió con el mismo, de acuerdo a las exigencias establecidas para le época de los hechos.

Refiere que se tiene la suficiencia del formulario de afiliación como cumplimiento de la obligación o carga de información, siendo este un documento necesario, elemental, como prueba en el marco de las afiliaciones a regímenes pensionales, por lo que se estructura precisamente como una prueba ad substantiam actus, por lo que la interpretación que se le dé, no está sujeto al arbitrio judicial, sino que es un imperativo de la ley, debiéndose limitar al juez a dichos límites.

Resalta la apoderada que en este momento, que tal y como se desprende de la Circular 019 del año de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la única exigencia para la época en la cual se dio la afiliación, era que el afiliado expresara su voluntad al momento de suscribir con su firma el formulario de vinculación, en este caso, con Porvenir S.A.; que igualmente, no era obligatorio entregar cálculos o proyecciones actuariales acerca del futuro pensional, toda vez que esta obligación únicamente surgió a partir de la publicación del Decreto 1748 de 2014, y con posterioridad en el Decreto 2071 de 2015.

Que no es posible que se someta a la AFP a la exigencia de cumplimiento y la capacitación de los afiliados respecto a dudas que pudieron haber surgido en el transcurso de más de 23 años, pues precisamente el ordenamiento jurídico dotó a ese sistema de mecanismos adecuados para la revisión de los

derechos, y para las respectivas nulidades del vínculo si bien fuera estimado por la parte activa del proceso, pero dichos mecanismos o posibilidades nunca fueron activados por la señora Angela en el momento oportuno.

Aun así, más allá de lo que se encuentra establecido en la norma, los fondos privados también concedieron más de dos nuevas oportunidades a los afiliados para retornar al régimen de prima media en caso de que consideraban que esto fuera lo mejor para ellos, pero en este caso tampoco en este caso esas posibilidades fueron adoptadas por la señora Angela.

Afirma que la demandante manifestó en su interrogatorio de parte, que solo hasta cuatro años atrás consulta acerca de la situación pensional en la que se encuentra, y manifiesta que la única situación junto con esta respuesta por la cual ella desea retornar al régimen de prima media no es porque el vínculo se encuentre viciado por la información recibida en el momento de la asesoría o que existiera un error en el objeto como lo manifiesta el despacho, sino por la diferencia en el monto de las mesadas pensionales en ambos regímenes, adicional en que la demandante indica no recordar gran parte de las circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto a como se dio su afiliación.

Refiere que la parte actora realizó con los traslados horizontales actos de relacionamiento y con ello, se permite suponer que el afiliado en este caso desea continuar en dicho régimen pese a haber recibido una mala asesoría en más de una oportunidad y pese a las características o beneficios que le brinda este régimen de ahorro individual con solidaridad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** remite alegatos de conclusión, indicando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en el presente 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; igualmente, que el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, que tenga objeto o causa ilícita, o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo, situación que no aplica en el presente caso.

Refieren que Porvenir S.A. siempre le garantizó el derecho de retracto a la parte actora, conducta que se prueba con la publicación que realizó el diario el Tiempo, como dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, sin que se ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

Igualmente, que adujo el a quo que no se demostró que la AFP hubiese entregado información completa, veraz y oportuna, sin embargo, que tal injerencia no se ajusta a la realidad procesal, por cuando la misma cumplió

con la carga procesal impuesta, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** igualmente remitió alegatos de conclusión dentro del término, manifestando que no se logró demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento que llevara a la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen, puesto que de las pruebas se entiende que la misma demandante, fue quien por voluntad propia decidió efectuar el traslado, situación ratificada al haber permanecido allí por más de 15 años.

Que por otro lado, no es posible recibir a la demandante, pues se estaría afectando la estabilidad financiera del sistema, situación que podría llevar al detrimento patrimonial del estado, y que además, no puede desconocerse que la demandante es una profesional del derecho, teniendo el deber de actualizarse de las normativas vigentes.

El apoderado de la parte actora, indica que se ratifica de los alegatos de conclusión presentados en instancia, y que tal y como quedó demostrado, la única prueba que acreditaron los demandados, fue la suscripción del formulario de traslado inicial del RPM al RAIS, la cual no es suficiente para probar que existió información cierta, veraz y oportuna.

Colfondos S.A. guardó silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación 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, así como la condición de abogada de la demandante **iii)** si la permanencia en el RAIS y posteriores traslados horizontales sanean la nulidad del traslado de régimen, y si, **vi)** la demandante se encuentra inmerso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 34 del expediente obra copia del formulario de vinculación y traslado de régimen de prima media administrado por el ISS a Porvenir S.A., diligenciado el 10 de enero de 1997, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante absolvió interrogatorio de parte, quien indicó que su traslado al RAIS se debió a que en su lugar de trabajo llegaron a asesorarlos, manifestándoles que el ISS se acabaría y que no podría pensionarse, siendo una mejor opción realizar el traslado; que no se acercó al ISS a confirmar que fuera cierto que se acabaría, y que pese a ser abogada, no tiene conocimientos en seguridad social; que respecto al RAIS, les indicaron que era lo mejor, que se podría pensionar en cualquier edad; que no le hicieron una proyección pensional, ni le indicaron cuales eran las ventajas y desventajas de la AFP. Que la segunda afiliación a Porvenir S.A. se dio porque le realizaron un traslado a Colfondos S.A. sin que se diera cuenta, por lo que volvió al fondo anterior al haber hecho el reclamo.

Afirma que recibe los extractos trimestrales; que conoce que los mismos generan unos rendimientos, y que su interés en la demanda, se da al conocer que recibiría un salario mínimo como mesada pensional.

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 Angela María Pérez Viña 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, 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.

De ahí que, 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 el actor a PORVENIR 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, sin que los posteriores cambios de administradora, a Colfondos S.A. y nuevamente Porvenir S.A., validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008,

radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

De otra parte, tampoco resulta válido el argumento expuesto por Porvenir S.A. respecto al nivel profesional que ostenta la demandante, la correspondiente responsabilidad de comportarse como un verdadero consumidor financiero, pues, tales aspectos, no tienen la capacidad suficiente para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, máxime cuando la ley es general, impersonal y abstracta.

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.

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 17 de febrero de 2021, por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **ANGELA MARÍA PÉREZ VIÑA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, con la vinculación de **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

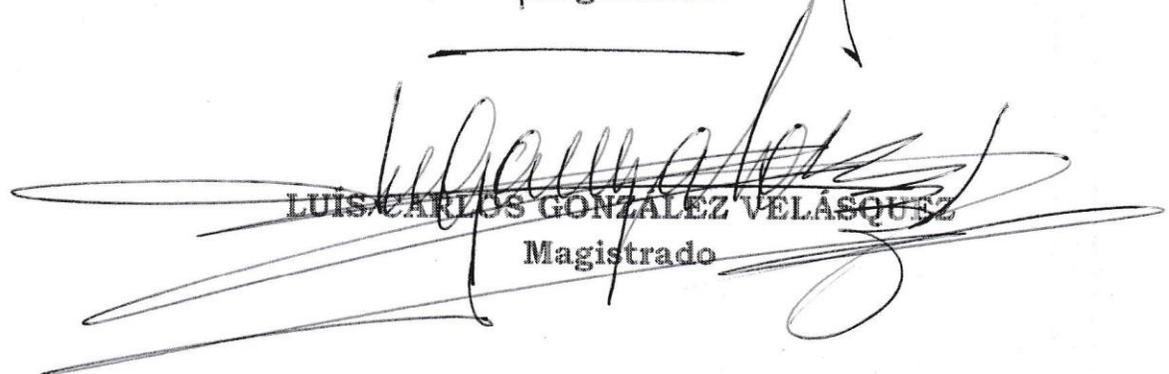
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
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. 110013105028202000025-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio 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 Protección S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 06 de julio de 2021 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MELBA PARDO HERRERA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Melba Pardo Herrera pretende que se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 30 de mayo de 1996 a Colmena hoy Protección S.A.; que como consecuencia de lo anterior, se efectúe el traslado de la demandante a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones junto con todos los aportes y rendimientos efectuados; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 9 de marzo de 1954; que a inicios de 1996 los asesores de Protección S.A. le ofrecieron

beneficios y condiciones superiores a los que podría obtener en el ISS, por lo que la demandante decidió trasladarse al RAIS el 30 de mayo de 1996.

Que la demandada Protección S.A. efectuó una proyección pensional a la demandante, en la cual se le señaló que su mesada pensional para el año 2019 sería de \$828.116, y que al efectuar el mismo cálculo con en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, para el mismo año obtendría una mesada de \$2.693.744, causando un detrimento patrimonial a la demandante.

Asimismo, indica la parte actora que radicó derecho de petición ante Colpensiones solicitando la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, sin embargo, que no se recibió contestación alguna.

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, Colpensiones en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, y la petición presentada ante Colpensiones. Porvenir S.A. frente a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con los servicios ofrecidos por los asesores de Protección S.A., con el número de semanas cotizadas, la edad de la demandante y la proyección pensional efectuada.

COLPENSIONES propuso como excepciones que denominó hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica y buena fe.

PROTECCIÓN S.A. propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque se afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de julio de 2021, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado efectuado por la señora Melba Pardo Herrera, al RAIS de fecha 30 de mayo de 1996, por intermedio de Colmena hoy Protección S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de RPM, administrado por Colpensiones; condenar a Protección S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o

bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante; condenar a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral; declarar no probadas las excepciones propuestas, y costas a cargo de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, el apoderado de la demandada Protección S.A. interpuso recurso de apelación en procura de que sea revocada la sentencia de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. sustenta su recurso en lo relacionado con las comisiones de administración y el seguro previsional; indica que las deducciones de los dineros de ahorro individual de la demandante se realizaron como consecuencia de una disposición legal aplicable y vigente, tratándose de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de su cuenta de ahorro individual.

Considera que no deben trasladarse los aportes de la demandante con los rendimientos financieros generados, ya que, en caso de declararse la nulidad o ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica sería que las cosas vuelvan al estado anterior, y estos se generaron como producto de la gestión de la demandada Protección S.A., y en tal sentido, solo habría lugar a que se trasladaran los aportes, sin ningún emolumento que se haya podido causar después del traslado.

Respecto al seguro previsional, se solicita que su representada no sea obligada a devolver dicho dinero, toda vez que mensualmente se descontó, y se pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiese existido un caso de invalidez o supervivencia, esta pagara una suma adicional que financiara las pensiones por esos conceptos, encontrándose Protección imposibilitada para cobrársela, siendo esta un tercero de buena fe que no tuvo que ver en el contrato suscrito con la afiliada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** remitió alegatos de conclusión, indicando que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la actora, se llevó de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa. Igualmente, que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, ya que a la señora Pardo se le informó sobre las ventajas y

desventajas de ambos regímenes, por lo que no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo.

La parte demandante y Protección S.A. guardaron silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido en su integridad, y lo expuesto por el apoderado de Protección S.A. 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.

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 7 del expediente, obra copia del formulario de vinculación a Cesantías y Pensiones Colmena, diligenciado el 30 de mayo de 1996, prueba que en principio es concreta en el sentido de que la vinculación se realizó de forma correcta.

Igualmente, la a quo recibió interrogatorio de parte de la representante legal de Protección S.A., quien indicó que al momento en que se hacen las vinculaciones de Protección, se le solicita a los posibles afiliados toda la información para poder realizar los cálculos, y diligenciar el formulario de vinculación; que para el momento de la afiliación, lo único que se exigía era el formulario, el cual fue suscrito por la demandante, a quien se le dio una asesoría personalizada.

Posteriormente se recibió interrogatorio de parte de la señora Melba Pardo Herrera, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, afirmó que en 1995 ingresó a la Gobernación, quienes la afiliaron a la Caja de Previsión,

y posteriormente, la afiliaron al ISS. Que para 1996, se acercaron unos asesores, quienes le manifestaron que se terminarían los fondos públicos, y que tenían que pasarse a un fondo privado; que la Gobernación reunió a los trabajadores, donde los asesores les dictaron una charla, donde les daban a conocer los beneficios de trasladarse a un fondo privado, que tendrían buenos dividendos, que se pensionarían antes de los 50 años sin importar el tiempo, que si fallecía sus hijos tendrían beneficios.

Aduce que se acercó a Colpensiones, quienes le indicaron que ya no podría trasladarse, en cuanto le faltaban menos de 10 años para pensionarse, y posteriormente, afirma haberse enterado de que con Protección tan solo obtendría un mínimo como mesada pensional.

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 Protección 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, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Melba Pardo Herrera 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, 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.

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 Colmena el 30 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.

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 y seguros previsionales, 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 del fondo demandado. 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 cubre 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.»

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente dado el resultado adverso de su apelación. 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 6 de julio de 2021 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., promovido por Melba Pardo Herrera en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

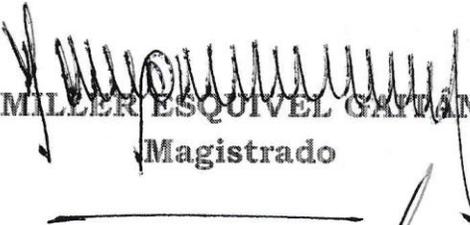
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

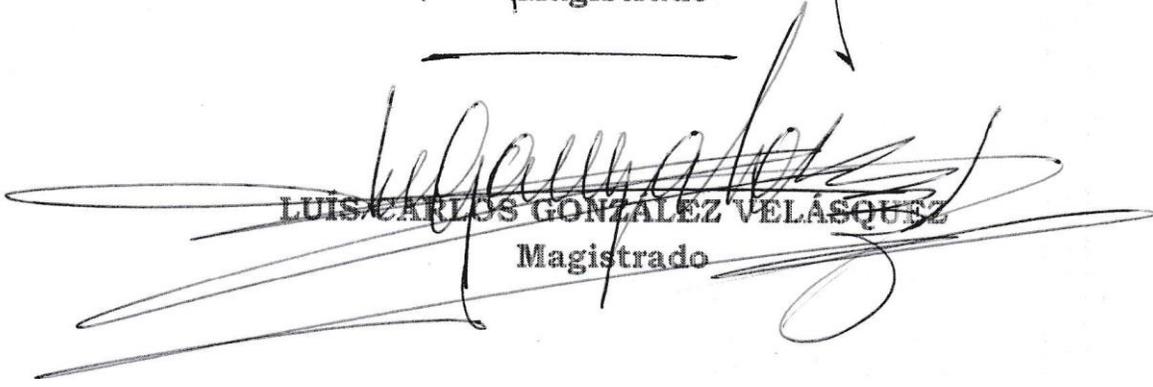
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
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. 110013105024201900124-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio 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 30 de abril de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ STELLA RABA MOYANO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva a la Dra. Martha Ximena Morales Yague, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.026.274.245 y tarjeta profesional 248.715 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Luz Stella Raba Moyano, pretende que se declare que existió un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito entre la demandante y Colfondos S.A., Protección S.A., Skandia S.A. y Porvenir S.A., al habersele ocultado información sobre los riesgos

que debía asumir al suscribir el formulario de afiliación; que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional a las AFP previamente relacionadas; que se establezca que la demandante nunca dejó de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida; que se condene a la demandada Porvenir S.A. a realizar el traslado de los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual a Colpensiones, ordenando a esta última a aceptar dichos aportes, y a registrar a la demandante como su afiliada; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 8 de septiembre de 1964, habiendo cotizado al ISS desde el 14 de mayo de 1982 hasta el 31 de marzo de 1999, efectuando su traslado de régimen el 1 de mayo de 1999, a Colfondos S.A., fecha para la cual se le manifestó por parte de los asesores, que se pensionaría con un monto mayor al que tendría en el ISS, y que accedería a su derecho a una edad mas temprana; que posteriormente, efectuó traslados a Protección S.A. el 5 de octubre de 2000, a Porvenir S.A. el 27 de mayo de 2002, a Old Mutual hoy Skandia S.A. el 1 de diciembre de 2014, y a Porvenir S.A. nuevamente el 1 de marzo de 2016, sin que en ninguna ocasión se le hubiese proporcionado información veraz y acorde con la situación de la actora, enterándose posteriormente que el traslado implicaba una disminución de la mesada pensional en mas de un 70% a la otorgada por Colpensiones.

Refiere que elevó solicitudes de nulidad de traslado ante Porvenir S.A. y Colpensiones previo a la presentación de la demanda, quienes se negaron a acceder a dicha petición.

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, en su mayoría manifestaron no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, y los traslados efectuados.

COLPENSIONES propuso como excepciones de fondo las que denominó buena fe en las actuaciones de Colpensiones, el hecho de un tercero, presunción de legalidad de los actos jurídicos, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción, innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia 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.

SKANDIA S.A. propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, genérica y pago.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de abril de 2021, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: “(...) *DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por LIZ STELLA RABA MOYANO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia laboral de la actora. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandantes AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a favor de la demandante, en la suma de \$1.000.000. SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones (...)*”.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. 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 que las razones para declarar la nulidad de la actora, se motivan en la línea jurisprudencial emitida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, propiamente adoptando la postura del deber de información, la misma que se hace en un contexto en el cual no debería aplicarse de manera automática, ya que los supuestos fácticos que se adoptan en esos fallos, son de personas que tienen condiciones especiales o beneficios al momento de realizar el traslado de régimen, efectuando así una renuncia a tales bonificaciones pensionales, debiendo ser informado lo anterior, previo a efectuarse el traslado.

Considera el apoderado que en el presente caso, la señora Raba no realizó renuncia alguna a sus beneficios, situación que no tuvo en cuenta el a quo, sin que se deje claro qué clase de información debía suministrarse y probarse, al no ser suficiente el formulario de afiliación, siendo esto lo único que se exigía al momento en que se efectuó el traslado de régimen.

Refiere el apoderado, que se está partiendo de la mala fe de las administradoras, al indicarse que no se allegaron los medios probatorios que demostraran el cumplimiento del deber de información, debiendo ser esta mala fe probada; igualmente, que la valoración del interrogatorio de parte del representante de Colfondos S.A., conlleva a concluir que dichos medios probatorios no conducen a nada, al no aclarar circunstancias de modo, tiempo y lugar, pues no es el representante legal quien se encontraba presente al momento de la afiliación.

Por otra parte, afirma que la condena a su representada es desproporcional a las facultades que la Ley 100 de 1993 otorgó para generar esos cobros, referentes a la administración realizada durante todo el tiempo de afiliación de la demandante, habiendo una buena gestión, evidenciándose rendimientos financieros positivos en su cuenta de ahorro individual, y al pago de primas de seguros por invalidez y supervivencia, los cuales ya no hacen parte de su patrimonio.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, aduce que en el presente caso es claro que lo que se solicita, conforme al escrito de demanda, es la nulidad fundamentada en el hecho de que la demandante recibió una información errada por parte de los fondos privados, no habiéndose probado dicha situación, y que por el contrario, se logra establecer que se recibió la información que al momento era exigida; lo anterior, con los formularios de afiliación, y lo informado por la demandante, quien indicó no saber cual sería la diferencia de las mesadas pensionales en ambos regímenes.

Que de confirmarse la decisión de primera instancia, solicita reiterar que se ordenó a Porvenir S.A. a devolver todos y cada uno de los dineros en la cuenta individual de la demandante, sin que se haga ningún tipo de

descuento, no pudiendo resultar Colpensiones afectada en el presente proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de término, **la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.** remitió alegatos de conclusión, indicando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este 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 de traslado, refiriendo que el formulario de afiliación suscrito por la demandante, es un documento público que se presume auténtico, además, de que la declaración fue libre, espontánea, y sin presiones, sumado a que el documento no fue tachado, ni desconocido, así como tampoco se evidencia objeto o causa ilícita, y que tampoco el consentimiento de la demandante estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto.

Asimismo, **la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** remitió alegatos de conclusión, solicitando que se revoque el fallo emitido por el juzgado de primera instancia, indicando que de conformidad con su historia laboral y expediente administrativo, no cumple con la densidad necesaria exigidas por la SU-062 de 2010 o la SU 130 de 2013, al 1 de abril de 1994, para poder trasladarse libremente en cualquier término entre los regímenes, encontrándose inmersa en la imposibilidad del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, que se alegan vicios del consentimiento al momento de efectuar el traslado, los cuales a criterio de dicha defensa, no fueron debidamente soportados en el interrogatorio de parte practicado en la diligencia, evidenciando que la actora no se preocupó de modo alguno, mientras conformaba su derecho pensional; de igual modo, refieren que la demanda se funda en la inconformidad respecto de su mesada pensional en el RAIS, lo que no determina de modo alguno un engaño por parte de Colfondos S.A. al momento de la vinculación.

El apoderado de la parte **demandante**, igualmente remitió alegatos de conclusión dentro del término, solicitando que se tenga en cuenta que la omisión de los fondos aquí demandados, al no advertir acerca de los riesgos del traslado de régimen, no es un simple descuido, pues si se advierte a los clientes basados en un análisis completo y una proyección pensional, los posibles afiliados no aceptarían realizar la vinculación.

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 PORVENIR S.A está obligada a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos los gastos de administración. 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 198 obra copia del formulario de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a Colfondos S.A, diligenciado el 02 de marzo de 1999, a folio 160 formulario del traslado de Colfondos a Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A. del 5 de octubre de 2000, a folio 209, formulario de afiliación a Skandia S.A. del 29 de octubre de 2014, y a folios 261, 262 y 263, formularios de afiliación de los traslados efectuados a Porvenir S.A., pruebas que en principio son concretas en el sentido de que los traslados se realizaron de forma correcta, e igualmente, el a quo 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 haber sido citada en grupo en el auditorio de la empresa para la cual trabajaba, donde se les indicó que el ISS se acabaría, y que la opción sería la afiliación a los fondos privados; afirma que el formulario fue diligenciado por el asesor de Colfondos, con los datos que ella le proporcionó, y que posteriormente fue firmado por esta, sin embargo, que los formularios no fueron facilitados por los asesores. Aduce que no se le explicó la diferencia entre regímenes, ni como se pensionarían en dicho fondo; y que el traslado entre regímenes de fondos privados, se dieron por los beneficios que cada uno le ofrecía. Por último, que hasta hace poco tiempo pensó que en el sistema de pensiones solo existían fondos privados, y que ninguno de los fondos le explicó para que servían los aportes voluntarios.

Adicionalmente, se recibió interrogatorio de parte de la representante legal de Colfondos, quien indicó no encontrarse al momento de la afiliación, sin embargo, que la regla general de las asesorías, es proporcionar información veraz y completa.

Se recibe el testimonio del señor Carlos Enrique Moreno, quien manifiesta ser compañero de trabajo de la demandante, y que al momento en que les hicieron la citación, les dieron una charla donde se les indicó que el ISS se acabaría, y que, a raíz de ello, les hacían la invitación de efectuar el traslado, dándoles las ventajas de dicho acto, sin que se mencionaran las desventajas.

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 las AFP, obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Luz Stella Raba 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, 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.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando las demandadas 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 PORVENIR 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, 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.

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 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.”

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 abril de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., promovida por LUZ STELLA RABA en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

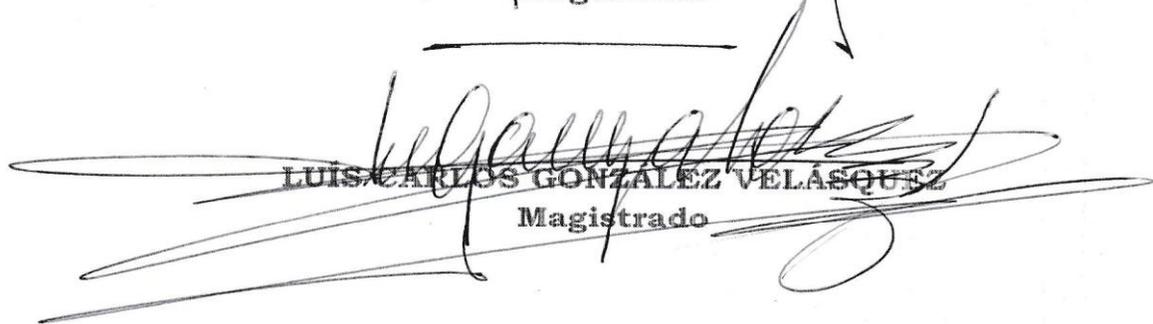
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
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. 110013105017201900187-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio 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 Luis 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 13 de mayo de 2021 por el Juzgado Segundo (2) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **TIBERIO SALAZAR MATALLANA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Tiberio Salazar Matallana pretende que se declare la nulidad del traslado efectuado el día 2 de julio de 1997 con Colmena hoy Protección S.A., y que como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados al demandante, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 31 de mayo de 1956, contando con 62 años de edad para el día 31 de mayo de 2018; que se trasladó del ISS al fondo privado el 2 de julio de 1997; que dicha afiliación tiene inconsistencias, ya que en el diligenciamiento de la vinculación se evidencia que en el formulario no registra la entidad administradora anterior al traslado, indicando que es una vinculación inicial, cuando realmente es un traslado de régimen, por lo que no se cumpliría con los requisitos señalados en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Adicional a lo anterior, la parte actora señala que al momento de la afiliación no se le brindó información clara, competente y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, en especial, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen pensional, prometiéndole condiciones y beneficios muy superiores a los del ISS.

Refiere que obtuvo una simulación pensional de ambos regímenes, y que mientras en el régimen de ahorro individual no tendría derecho a una mesada pensional, sino a una posible devolución de saldos, en el RAIS obtendría una mesada pensional que equivaldría a \$3.384.564.

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, en su mayoría manifestaron no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, y los traslados efectuados.

COLPENSIONES propuso como excepciones perentorias las que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

PROTECCIÓN S.A. propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de mayo de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del acto de

traslado del señor Tiberio Salazar Matallana del RAIS a Protección S.A., el día 2 de julio de 1997, y consecuentemente, retrotraer las cosas al estado anterior al acto declarado ineficaz; condenar a Protección S.A. a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del demandante por concepto de aportes, con frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los periodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; ordenar a Protección S.A. que traslade de manera inmediata a Colpensiones la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagador por el demandante; ordenar a Colpensiones que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de Tiberio Salazar Matallana, sin solución de continuidad, y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de semanas de cotización acreditadas desde la fecha de la afiliación inicial; absuelve en todo lo demás, y declara no probadas las excepciones propuestas.

RECURSO DE APELACIÓN

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, aduce que el demandante realizó su traslado de régimen pensional con plena voluntad, teniendo conocimiento del régimen al cual se estaba afiliando, adicional a que ratificó su deseo de permanecer en el fondo privado, por mas de los diez años en que realizó cotizaciones al sistema; que debe tenerse en cuenta que el demandante tiene unas obligaciones contractuales con el régimen pensional que elige, tal y como lo ha establecido el artículo 1495 del Código Civil, y en el Decreto 2241 del 2010, en su artículo 4.

Asimismo, que se debe determinar que realizar un traslado o reactivar la afiliación, genera un problema al sistema financiero del RPM, toda vez que el demandante no ha acreditado una fidelidad al sistema.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. sustenta su recurso en lo relacionado con la devolución o traslado de las cuotas de administración, y demás valores, determinados como seguros previsionales; indica que estos son descuentos que son autorizados por la ley, que operan en ambos regímenes, obrando como prueba en el expediente, certificado de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, donde se demuestra que sus aportes demuestran ganancias; aduce que con la condena impuesta respecto a dicha devolución, se estaría evidenciando un enriquecimiento sin justa causa

por parte de Colpensiones, al recibir una comisión que no es destinada a financiar la pensión de vejez por parte del demandante, por lo que la demandada tiene derecho a conservar dicha comisión como restitución mutua a su favor.

Pone de presente que la Superintendencia Financiera indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad o la ineficacia de la afiliación, debe darse aplicación del artículo 7 del Decreto 2995 de 2008, indicando que deberá respetarse la destinación de los aportes destinados pensionales realizados, y la gestión de la administración desarrollada; igualmente, que no debe realizarse la devolución de seguros previsionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** remitió alegatos de conclusión, indicando que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el actor, se llevó de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa. Igualmente, que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, ya que al señor Salazar se le informó sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes, por lo que no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo.

Asimismo, el apoderado de la parte **demandante** remitió alegatos de conclusión, indicando que el señor Tiberio Salazar tiene derecho a que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado a Protección S.A., toda vez que en la etapa contractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de ambos regímenes pensionales.

Protección S.A. 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 el 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 **iii)** Si

Protección S.A está obligada a trasladar a Colpensiones además del capital y los rendimientos, los gastos de administración, **iv)** si la permanencia en el RAIS por más de 10 años sanea la nulidad del traslado de régimen, y **v)** si la declaratoria de la nulidad y el retorno a Colpensiones afecta la estabilidad financiera de dicha entidad. 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 10 del expediente, obra copia del formulario de vinculación inicial a Colmena, diligenciado el 2 de julio de 1997, prueba que en principio es concreta en el sentido de que la vinculación se realizó de forma correcta, sin embargo, y una vez revisadas las contestaciones de la demanda y sus anexos, pudo corroborarse que en efecto no se trató de una vinculación inicial, sino de un traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a Cesantías y Pensiones Colmena.

Igualmente, el a quo recibió interrogatorio de parte del señor Tiberio Salazar, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó su traslado de régimen, indicó que se encontraba afiliado a Colpensiones, y a medida de que laboraba con la empresa, se han acercado asesoras para realizar afiliaciones; que firmaron documentos a la empresa, donde no se dieron cuenta de los papeles que firmaban; que tuvieron una asesora que iba al lugar de trabajo, y reunía al personal, quien les indicaba que podían pensionarse con una edad corta, y que

tenían mejores bonos. Manifiesta que no tuvo conocimiento de que el ISS entró en liquidación, y que su traslado se debió a los beneficios que le indicaron que podría tener, sin que se le hubieran indicado cuales eran los requisitos para pensionarse.

Afirma que no se acercó a Colpensiones a averiguar, al no tener tiempo, pues trabaja en el monte, y solo visita a su familia los fines de semana.

Decretado el interrogatorio de parte del representante legal de Protección S.A., se dejó constancia que el mismo no compareció a la audiencia, así como tampoco justificó su inasistencia dentro de los 3 días siguientes, dando aplicación a la respectiva sanción.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Protección 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, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Tiberio Salazar Matallana 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, 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.

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 Colmena el 2 de julio 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS por más de 10 años no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos.

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 del fondo demandado. 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 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.”

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar Colpensiones 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.

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 13 de mayo de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., promovido por Tiberio Salazar Matallana en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

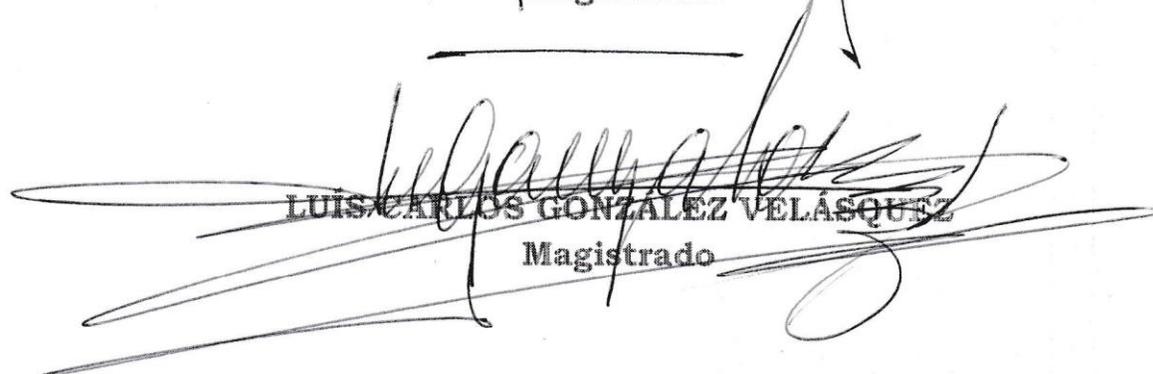
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Protección S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ 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. 110013105022201900518-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio 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 Luis 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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de julio de 2021 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HERLINDA LARA CIRCA** 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. Nedy Johana Dallos Pico, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.019.135.990 y tarjeta profesional 373.640 del C.S.J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo, se RECONOCE PERSONERÍA adjetiva a la Dra. Astrid Jasbleyde Cajiao Acosta, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.983.149 y tarjeta profesional 282.206 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Herlinda Lara Circa pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó el 1 de junio de 1998 del ISS a Porvenir S.A., por la indebida y nula información que suministró el fondo privado; que se ordene a las demandadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen; que como

consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; que se ordene a Colpensiones a recibir a la señora Lara sin solución de continuidad, recibiendo los aportes y corrigiendo/actualizando la historia laboral, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 28 de mayo de 1967; que se afilió al RPM el día 24 de diciembre de 1986; que para el 1 de junio de 1998, encontrándose la demandante vinculada a Laboratorios Veterland LTDA, se trasladó al RAIS con Porvenir S.A., sin que se le hubiese realizado suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió.

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, en su mayoría manifestaron no ser ciertos, o no constarles, salvo los relacionados con la edad de la actora, y las peticiones por ella elevadas.

COLPENSIONES propuso la excepción previa de falta de competencia, y como de mérito, las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público, innominada o genérica.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de mérito 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 23 de julio de 2021, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado efectuado por Herlinda Lara Circa al RAIS, acaecido el 8 de abril de 1998; ordenando a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia laboral de la actora, declarando no probadas las excepciones propuestas, y condenando en costas a Porvenir S.A.

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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, indica que no comparte el criterio del despacho, por cuanto la declaración de la ineficacia conlleva a consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad, pues si bien es cierto que existe un criterio jurisprudencial, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular, y que, en el caso en concreto, es claro que la demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión de su cambio de régimen pensional, al no encontrarse disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos, teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro, considerando que fue negligente frente a ese aspecto.

Refiere que la demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al RAIS, contenidos en el mismo formulario, como son el retracto y la rescisión; adicionalmente, respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, aduce que el interés general debe primar sobre el particular, por cuanto con la declaración de ineficacia se afecta el patrimonio público.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., sustenta su recurso, manifestando que el traslado de la demandante al RAIS fue válido, como quiera que firmó el formulario de vinculación, única documental que se requería para que la misma se considerara válida.

Asimismo, que no desconoce que el deber de información existió desde los inicios de la AFP, sin embargo, que dicho deber ha tenido un desarrollo legal como un desarrollo jurisprudencial progresivo, lo que implica que para la época en que la demandante se trasladó, nos encontráramos en la primera etapa de dicho deber, basado en la premisa enfocada a impedir la coacción y la ponencia del régimen, situación que no se demostró en el presente proceso, por cuando Porvenir S.A. proporcionó la debida información, no solo al momento de la vinculación, sino en el transcurso en que lleva afiliada, informando además la restricción de los 47 años, tal y como se comprobó en el expediente, y que, en realidad lo que se evidencia, es una falta de interés de la demandante por recibir información sobre su situación pensional.

Refiere que durante el interrogatorio de parte, quedó comprobado que lo que reprocha en realidad la demandante, no es lo concerniente al deber de información, sino mas bien, la diferencia de la mesada pensional, situación que no es suficiente para declarar la ineficacia del traslado, pues para el año 1998, no existían condiciones que permitieran establecer si la actora lograría acceder a una mesada pensional en alguno de los dos regímenes.

Respecto a la condena de la devolución de gastos de administración, afirma la apoderada no considerar coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no, y que, de no haberse celebrado dicho acto, los

rendimientos generados por los aportes realizados tampoco se hubieran originado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora, Colpensiones y Porvenir S.A. allegaron alegatos de conclusión.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. aduce que tanto el traslado efectuado por la demandante al RAIS como su afiliación a Porvenir S.A. se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como se lee en el formulario de afiliación suscrito, lo que reviste de completa validez el traslado de régimen pensional, en la medida de que la AFP cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo a la normatividad vigente en ese momento, las cuales no exigían en los términos reclamados en la demanda, y argumentados en el fallo de primera instancia, como quiera que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad, no reposando en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría.

Resaltan que la causa real que lleva inconformidad a la señora Lara Circa, no obedece a otra cosa, sino al monto de la mesada pensional, elemento que resulta a todas luces insuficiente para considerarse como elemento que viciara su voluntad como afiliada al RAIS, aunado a que la devolución de los rendimientos y gastos de administración resulta improcedente conforme concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones remite alegatos de conclusión, haciendo alusión a la prohibición legal para retornar al RPM, la falta de prueba alguna que demuestre que en el presente proceso se evidencia un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el carácter probatorio que tiene el formulario de afiliación para demostrar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado respecto al traslado. Igualmente, refieren que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados, conforme sentencias de la Corte Constitucional.

Subsidiariamente solicitan que la sentencia se condicione al cumplimiento, previa devolución de los emolumentos por parte de Porvenir S.A.

El apoderado de la **parte actora** solicita confirmar en su integridad el fallo proferido el día 23 de julio de 2021, al considerar que está claro que la codemandada Porvenir S.A. no logró acreditar dentro del plenario que el traslado de régimen estuviese precedido de la suficiente ilustración e información, vulnerando así los derechos de la señora Herlinda Lara.

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 el interrogatorio de parte no fue debidamente valorado determinando si con él se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si Porvenir S.A está obligada a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos, los gastos de administración, **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **v)** si la demandante se encuentra inmersa en la prohibición para retornar al RPM. 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 68 del expediente obra copia del formulario de vinculación y traslado de régimen de prima media administrado por el ISS a Porvenir S.A., diligenciado el 8 de abril de 1998, 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, que trabajaba en una empresa llamada Veterland, quienes la afiliaron al ISS; que después de determinado tiempo, gestión les indicó que iría un asesor de un fondo privado. Manifiesta que el asesor se acercó a cada cubículo indicándoles que el ISS se acabaría, por lo que perdería sus semanas cotizadas, siendo mas seguro el traslado a los fondos privados, suministrándole un formulario de afiliación; que no tuvo la oportunidad de hacer pregunta alguna a la asesora; que no le informaron sobre la existencia de un bono pensional, ni que sus ingresos irían a una cuenta a su nombre; igualmente, que no le indicaron sobre los rendimientos que sus aportes generarían; que recibía los extractos por parte de la AFP.

Asimismo, manifestó que su motivación para retornar a Colpensiones se da,

por cuanto se siente engañada, pues le suministraron información incompleta. Que no intentó retornar a dicha administradora, por cuanto no tenía conocimiento de las circunstancias que aquí se discuten. Refiere que no leyó el formulario de afiliación, y que no ha presentado reclamación alguna ante Porvenir S.A.

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 Herlinda Lara Circa 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 de manera libre y voluntaria, 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.

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 8 de abril de 1998, 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 la sentencia de primera instancia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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, o de los parámetros fijados en la sentencia SU 062/10, 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.

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 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 cubre 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.»

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente a la 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.

Por lo expresado se confirmará la sentencia de primera instancia que dispuso declarar la nulidad del traslado de régimen del actor.

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 23 de julio de 2021 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, promovido por Herlinda Lara Circa 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.

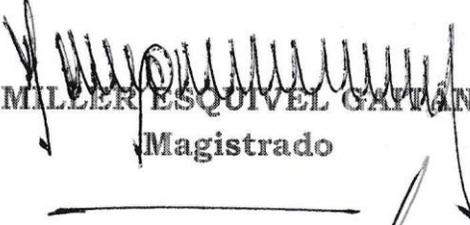
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

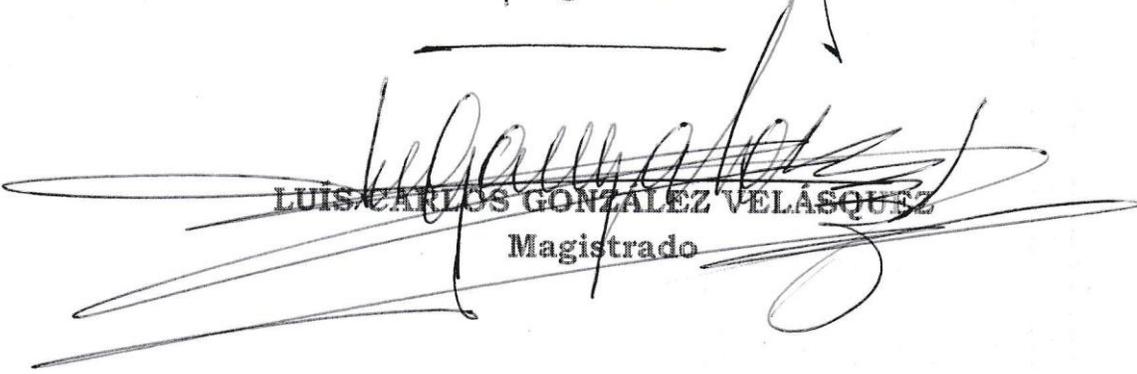
Los magistrados,



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. 110013105007201900560-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio 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 Luis 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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 27 de mayo de 2021 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HERNANDO FLAUTERO PARRA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva a la Dra. María Claudia Tobito Montero, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.786.735 y tarjeta profesional 300.432 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Hernando Flautero Parra pretende que se declare la nulidad de la afiliación efectuada el 2 de mayo de 2001 del RPM al RAIS; que se declare válida y vigente la afiliación del demandante al ISS hoy Colpensiones, ordenando a esta última a recibir a la parte actora como afiliado cotizante; que se condene a Colfondos S.A. a liberar de sus bases de datos al señor Flautero, y a reembolsar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, así como con los rendimientos que se hubieren causado, con destino a Colpensiones, y costas del proceso.

Como fundamentos de sus pretensiones afirmó que, nació el 16 de junio de 1948, contando con 71 años al momento de la presentación de la demanda; que para el 15 de febrero de 1994 se afilió al RPM administrado por el ISS, encontrándose vinculado hasta el 8 de julio de 1996, sin embargo, refiere que para el 2 de mayo de 2001, se afilió al RAIS administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, sin que el asesor que llevó a cabo lo anterior, le hubiese informado con que capital u aportes podría obtener un buen monto de pensión a futuro, hasta que calenda hubiese podido retornar al ISS, así como tampoco se le realizó una proyección pensional, siendo la información proporcionada incompleta, e insuficiente al momento del traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma, la demanda Colpensiones dio contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; frente a los hechos, en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, el tiempo laborado, el último cargo que ocupó el demandante como ingeniero de maquinaria y de equipo, la afiliación al ISS, la afiliación a Colfondos, y la reclamación administrativa presentada.

Por parte de Colfondos S.A., mediante auto del 25 de febrero de 2020, se tuvo por no contestada la demanda., considerando improcedente la manifestación mediante la cual se allanan a la demanda, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a un litis consorcio necesario.

COLPENSIONES propuso como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de Colpensiones, prescripción, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de mayo de 2021, el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Hernando Flautero Parra con Colfondos S.A. el 2 de mayo de 2001, ordenando a esta última, a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado a Colpensiones, incluidos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontados de los aportes pensionales del demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados a título de actualización monetaria; se ordenó a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliado al RPM al demandante, desde su afiliación inicial al ISS; se declaran no probadas las excepciones propuestas, y se condena en costas a Colfondos S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, el apoderado de la demandada Protección S.A. y el apoderado de Colpensiones, interponen recursos de apelación en procura de que sea revocada la sentencia de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES sustenta su recurso, indicando que si bien el demandante era beneficiario del régimen de transición, lo cierto es que al trasladarse de régimen, perdió los beneficios; igualmente, indica que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal para retornar al RPM descrita en la Ley 797 de 2003, y que no se acreditaron los vicios del consentimiento, y que no obra prueba alguna que lo demuestre.

Aduce que el demandante no alegó la nulidad dentro del término al que se refiere el artículo 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para solicitar la rescisión durará 4 años.

Igualmente, que existió una ratificación tácita que saneara el presunto vicio del contrato, al permanecer el demandante en dicho régimen, como lo dispone el artículo 1745.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS sustenta su recurso en lo relacionado con el numeral tercero, donde se ordena a Colfondos S.A. a devolver lo correspondiente a gastos de administración, y esto debidamente indexado, debiendo tenerse en cuenta, que dichos gastos son descuentos que se realizan conforme a una disposición legal válida, exequible y vigente; asimismo, que se tratan de comisiones ya pagadas y causadas durante el tiempo que la AFP ha administrado la cuenta de ahorro individual, generando unos rendimientos superiores a los que se hubieren generado en el RPM como si el demandante nunca se hubiera trasladado.

Aduce que debe tenerse en cuenta que el demandante desde el año 2015 no realiza cotización alguna, y por lo tanto, el único ahorro que tiene la cuenta individual son los rendimientos que se hayan generado por la administración de Colfondos.

Que la indexación es una pretensión impropia, que no fue solicitada dentro de la demanda inicial, y tampoco discutida o puesta a consideración dentro del proceso, adicional a que la misma no tiene sustento fáctico.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** remitió alegatos de conclusión, manifestando que el a quo tomó la determinación de invertir la carga de la prueba declarando que la AFP Colfondos S.A. no demostró la asesoría al demandante, sin embargo, que se desconoció la jurisprudencia que se ha proferido frente a tal situación a través de sentencias de la Corte Constitucional.

Igualmente, que el señor Hernando Flautero es considerado como un consumidor financiero y al estar ante un negocio jurídico, no solo ostenta derechos, sino también obligaciones, siendo estas últimas incumplidas, en razón a que solo hasta el año 2019 acudió ante las instalaciones de Colpensiones para consultar su situación pensional.

Por último, que la sentencia proferida en primera instancia atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera.

La parte actora y Colfondos S.A. guardaron silencio.

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

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 **iii)** Si Colfondos S.A. está obligada a trasladar a Colpensiones además del capital y los rendimientos, los gastos de administración, **iv)** si la permanencia en el RAIS sana la nulidad del traslado de régimen, y si, **vi)** el demandante se encuentra inmerso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. 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 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 Colfondos S.A. remitió formulario de afiliación, al haberse decretado dicha documental de oficio, evidenciándose así, copia del

formulario de traslado del régimen de prima media administrado por el ISS al RAIS, diligenciado el 2 de mayo de 2001, prueba que en principio es concreta en el sentido de que la vinculación se realizó de forma correcta.

Igualmente, el a quo recibió interrogatorio de parte del señor Hernando Flautero Parra, quien indicó que no se encuentra pensionado al momento; frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio su traslado a Colfondos S.A., manifestó que se afilió desde el 15 de febrero de 1994 al RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, hasta el 8 de julio de 1996; que fue traslado a Colfondos S.A., al ingresar a Consultoría Colombiana, quienes los enviaron a rendir una información, para efectos de firmar el contrato; que las personas a cargo, le tomaron los datos, y hecho eso, lo remitieron a firmar los documentos. Que posteriormente, evidenció que se encontraba suscrito a Colfondos S.A., y al realizar objeción, la asesora de dicho fondo, le indicó que Colpensiones y Cajanal serían liquidados, que obtendría mejores beneficios que con el ISS, tales como pensiones a menor edad y mayor cuantía; que si no quería pensionarse, podría retirar sus ahorros, sin que le indicaran con que capital de afiliación podría obtener un buen monto de pensión a futuro, ni las consecuencias del traslado.

Asimismo, manifiesta que desconoce lo que es el derecho de retracto y la doble asesoría; que el formulario no cuenta con información completa y certera.

Adicionalmente, se recibe el interrogatorio de parte del representante legal de Colfondos S.A., quien indica que la asesora encargada de la afiliación fue Doris Rodríguez, quien conforme a la hoja de vida era profesional, desconociendo en qué; que Colfondos S.A. capacita a los asesores en el tema de seguridad social, por lo que la asesora podía presentar una asesoría completa e integral, sin que repose prueba de las capacitaciones dictadas.

Afirma que el demandante aún se encuentra afiliado, sin embargo, en estado no cotizante, y que la afiliación se realizó conforme a la normativa vigente.

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 al señor Hernando Flautero Parra 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, 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.

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 Colfondos S.A. el 2 de mayo de 2001, 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 permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse 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 del fondo demandado. 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.»

Frente a las manifestaciones del apoderado de Colfondos S.A. en relación a que la indexación es impropia, al no haberse solicitado dentro de la demanda inicial, y por lo tanto no tener sustento fáctico, debe dilucidarse que tal decisión es permitida, si nos referimos al ejercicio de la facultad de condena *ultra y extra petita* por parte del juez de primera instancia, para lo cual resulta indispensable acudir a la literalidad del artículo 50 del C.P.T. y de la S.S.:

El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.(aparte tachado declarado inexecutable mediante sentencia C-662-98).

Pues bien, de la lectura de la disposición transcrita en precedencia se concluye que son dos las facultades conferidas al juez, de única o de primera instancia, para que imponga condenas diferentes a las pretendidas en la demanda, facultad de fallar *extra petita*, o por sumas superiores a las perseguidas por el actor, lo que se conoce como fallo *ultra petita*.

Por lo que no resulta dicho argumento suficiente para revocar lo resuelto en la sentencia de primera instancia, estando encaminado ello, a recompensar la pérdida del poder adquisitivo de los emolumentos que fueron discutidos al interior del proceso.

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el artículo 1750 del Código Civil, y asimismo estudiarse el término allí establecido, pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción.

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,

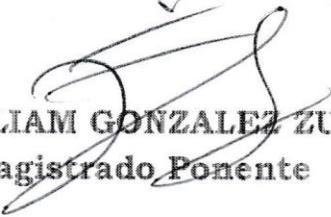
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 27 de mayo de 2021 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., promovido por Hernando Flautero Parra en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

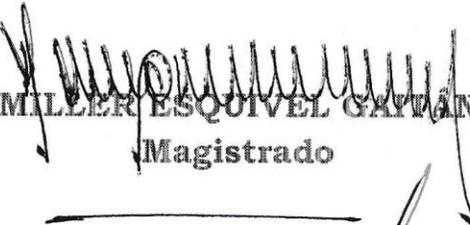
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Colfondos S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

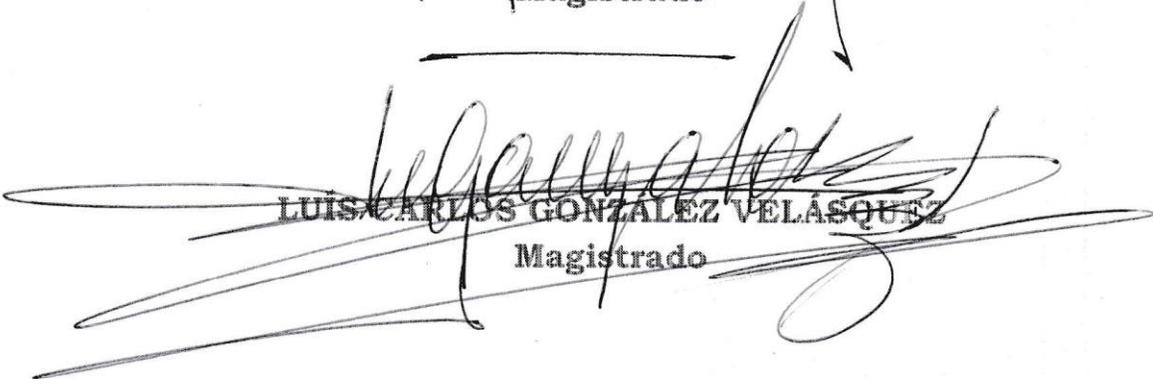
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105031201900700-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de dos mil veintidós (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 Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 25 de mayo de 2021 por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARLOS ARTURO MANRIQUE GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., CON LA VINCULACIÓN DE COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo, se RECONOCE PERSONERÍA adjetiva al Dr. Daniel Felipe Ramírez Sánchez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.018.966 y tarjeta profesional 373906 del C.S.J., como apoderado sustituto de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Carlos Arturo Manrique Gómez, pretende que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada el 29 de agosto de 1997 a Protección S.A.; que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada el día 24 de septiembre de 2001, a través de la cual se trasladó a Porvenir S.A., y así mismo, que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada a Skandia S.A. el 21 de junio de 2006; declarándose válida y vigente la afiliación efectuada al régimen de prima media con prestación definida, administrado

por Colpensiones. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones a recibir al señor Manrique como afiliado cotizante; que se condene a Protección S.A., Old Mutual hoy Skandia S.A. Y Porvenir S.A., a librar de sus bases al demandante, y a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que hubieren causado, a Colpensiones, a lo ultra y extra petita, y costas que genere el presente proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 3 de mayo de 1955, contando con 64 años de edad al momento de la presentación de la demanda. Aduce que prestó sus servicios a la Superintendencia de Sociedades, desde el 13 de diciembre de 1982, encontrándose afiliado al RPM, trasladándose a Protección S.A. en el año 1997.

Que, para el 24 de septiembre de 2001, el accionante se trasladó a Porvenir S.A., y para el 21 de junio de 2006, a Old Mutual hoy Skandia S.A.

Afirma la parte actora, que los agentes de Protección S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual hoy Skandia S.A., le ofrecieron al demandante unos beneficios para que accedieran a los traslados, tales como que podría pensionarse a más temprana edad y que el monto de la pensión sería más alto a la que le otorgaría el ISS, sin que se le hubiese realizado una proyección comparando ambos fondos. Que tampoco se le manifestó cual sería el capital requerido en las AFP, para obtener una pensión en la modalidad de renta vitalicia y en retiro programado, así como tampoco ventajas y desventajas.

Asimismo, manifiesta el actor que su pensión cotizando al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, sería de conformidad a la norma vigente, teniendo en cuenta que la tasa de reemplazo del 65.00% en la modalidad de renta vitalicia, tomando como referente el promedio de cotización de los últimos 10 años, incrementándose en 1 punto porcentual, por cada 100 semanas adicionales, y que sin lugar a dudas, en dicho fondo la mesada pensional sería cuatro veces más alta que la que ofrece Old Mutual.

Que pese a haber remitido solicitud de nulidad de traslado a las entidades demandadas, las mismas se negaron a dicha petición.

CONTESTACIONES 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 en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de 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 de orden público, buena fe, innominada o genérica.

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso la excepción previa de falta de litisconsorcio necesario, y como de fondo, las 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.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

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

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de mayo de 2021, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que al demandante, al momento de su traslado al RAIS, sí se le dio la información necesaria y suficiente, que era exigida en ese momento histórico, para los Fondos de Pensiones, condenándolo en costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de cada una de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque en su totalidad esa decisión y se acceda a las pretensiones de la demanda, argumentando que, se basa la a quo en el interrogatorio de parte del

demandante para absolver a las demandadas, al considerar que existió una situación de confesión, sin embargo, que la jurisdicción ordinaria laboral no se puede basar frente a circunstancias de supuestos, y que por el contrario, el derecho debe ser de certeza, y que de lo contrario, se hablaría de una inseguridad jurídica.

Aduce que existe la prueba documental, testimonial y pericial, y que para que exista una regla de confesión, debe reunir presupuestos fácticos, jurídicos, y de principios generales del derecho, y que al analizar el interrogatorio, si se mira en contexto, al hablar de ventajas y desventajas, fue una situación de nervios, y fue una situación de error de palabras, y que por el contrario, expone las razones por las que considera que fue engañado, y que no se le presentó un paralelo de ambos regímenes.

Refiere además, que el órgano de cierre de esta jurisdicción, frente a la escolaridad de una persona, jamás ha tenido una actitud de discriminación por tener determinada profesión, aun cuando jueces laborales han tenido que demandar en procesos similares.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, **la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** alegó alegatos de conclusión, aduciendo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo, toda vez que las pruebas permiten inferir que el mismo se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, y que, no se observa vicio del consentimiento.

Asimismo, que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que el demandante fue informado a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. remitió alegatos dentro del término, solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia, manifestando que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, tal y como se expresa en el formulario de afiliación; que para la fecha en que se materializó dicho acto, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que las obligaciones surgen de manera posterior a la fecha de afiliación del demandante.

Igualmente, que en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, se verificó que por su profesión, no es un afiliado lego, y que en efecto, dichas funciones le permiten conocer a fondo los términos económicos.

La parte actora guardó silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., así como de lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la sala, deberá determinar, si resultó o no acertada la decisión de la juez de primera instancia, al absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra o si, por el contrario, hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la actora, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo.

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 es libre, siendo que una vez hecha ésta, 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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 de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, 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).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.***

En punto a lo argüido por la peticionaria, debe precisarse que esta presentó demanda ordinaria laboral en la cual, formuló la siguiente pretensión declarativa:

*“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 Señora **MARÍA CRISTINA MUÑOZ ROJAS** y el Fondo de Pensiones **SKANDIA**, **pues tanto en la etapa pre-contractual, como en el momento de la ejecución del contrato, se le ocultó información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones, específicamente el hecho de no haberle informado que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES.***

*Consecuente con lo anterior, pidió que declarada la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condene a la AFP **SKANDIA** al traslado de los aportes cotizados a **COLPENSIONES.**”*

*De esta manera **es claro que la aspiración de la parte demandante, no estaba encaminada a que una vez declarada la nulidad de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual, pudiera entenderse «beneficiaria» del régimen de transición.***

Destáquese, además, que esa situación adquiere mayor relevancia constitucional si se tiene en cuenta que mediante sentencia de 15 de agosto de 2015, aunque el juzgado accedió a declarar la pretendida nulidad, también aclaró que «la demandante no cumple los presupuestos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», aspecto frente al cual la parte interesada, esto es, María Cristina Muñoz Rojas, estuvo conforme, pues no apeló tal determinación, circunstancias bajo las cuales resulta latente el error del Tribunal, pues fundó su decisión en un precedente de esta Sala que no se ajustaba al caso sometido a su

consideración, lo que significó, en últimas, que no resolviera el conflicto jurídico materia de controversia.” (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 la carga de la prueba, es así como en sentencia SL 33083 de noviembre de 2011 que relaciono la Sala como aplicación de la línea jurisprudencial previamente indicada, la Corte Suprema de Justicia sobre la carga de la prueba expresó que le corresponde precisamente al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe 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 estima debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba, pues se encontraba concretamente el fondo de pensiones en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, pues evidentemente cuentan 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.

Al respecto, milita en el plenario reclamación administrativa, presentada ante Colpensiones, con su respectiva respuesta (fls. 30-33); solicitud de nulidad de traslado presentada ante Protección S.A. y su respectiva respuesta (fls. 34-37); solicitud de nulidad de traslado presentada ante Porvenir S.A. y su respectiva respuesta (fls. 40-43); solicitud de nulidad de traslado presentada ante Old Mutual S.A. y su respectiva respuesta (fls. 49-53); formulario de afiliación suscrito el 29 de agosto de 1997 con Protección S.A. (fl. 37); formulario de afiliación suscrito el 24 de septiembre de 2001 con Porvenir S.A. (fl. 44); formulario de afiliación suscrito el 21 de junio de 2006 con Skandia S.A.; y la historia laboral emitida por cada una de las AFP.

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó ser economicista, e iniciar su vida laboral en la Superintendencia de Sociedades, por lo que, como funcionario de dicha entidad, sus aportes los hacían a una entidad llamada CORPORANÓNIMAS, perteneciente al régimen de prima media, la cual fue liquidada en 1997. Que por la anterior situación, los asesores de Protección S.A. se acercaron a la entidad, donde les indicaron las ventajas y beneficios que tenían, que el ISS se acabaría, por lo que sus aportes estarían en riesgo.

Afirma haberse trasladado en el 2000 a Colfondos S.A., donde únicamente se le informaron las ventajas y beneficios, sin limitaciones ni restricciones; que en el 2001, se traslado a Porvenir S.A., donde también se le manifestó que el ISS se acabaría, y que allí podría pensionarse anticipadamente, que podría solicitar los aportes, y que sus beneficiarios podrían acceder a dicho dinero en caso de su fallecimiento. Igualmente, aduce que los asesores de las AFP le manifestaron que tendría una pensión mas alta, sin que esto fuese verdad.

El señor Manrique refiere haber solicitado hace aproximadamente 6 años a Skandia la proyección de la pensión, a lo cual la asesora le indicó que la misma estaría mas o menos en un monto de dos salarios mínimos mensuales, y que al encontrarse en desacuerdo, solicitó asesoría jurídica; que no ha realizado aportes voluntarios, y que tampoco sabe a que se hace referencia con esto; que pese a ser economista, no sabe de las cuentas de inversión, por cuanto se especializó en el área de presupuesto de la Superintendencia.

Asimismo, el accionante indicó no haber solicitado a Porvenir S.A. la proyección de la mesada pensional, y que en ningún momento se le hizo alusión sobre los rendimientos que tendría a su favor.

Por su parte, la representante legal de Porvenir S.A. aduce que no cuentan con otras pruebas documentales diferentes al formulario de afiliación, como quiera que para el época no existía la obligación de documentar dicha información; adicionalmente, que no estuvo en el momento del traslado, por lo que no puede dar fe de la circunstancia y lo que se le indicó al demandante, sin embargo, que la asesora era profesional, por lo que la misma tenía conocimiento para transmitir las características propias del régimen.

El representante legal de Protección S.A. al absolverse el interrogatorio de parte, indicó que el documento de validación es el formulario de afiliación, y no cuentan con más información, ya que no era una obligación.

El representante legal de Skandia S.A. adujo que no cuenta con la información de la asesoría que le dieron al demandante, por cuanto no se encontraba presente.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando las AFP, estaban obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos Fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor CARLOS ARTURO MARIQUE, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaria 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que las administradas privadas de fondos de pensiones, hayan asesorado de forma plena al actor, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando las demandadas AFP, 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 la AFP PROTECCIÓN S.A., el 29 de agosto 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, así mismo, los traslados horizontales efectuados.

En este punto conviene indicar que si bien es cierto que el fondo al cual estuvo afiliado el demandante en el RPMPD antes de su traslado al RAIS fue a CORPORANÓNIMAS, toda vez que en la actualidad se encuentra liquidada, no es dable disponer su retorno a dicho Fondo sino a COLPENSIONES¹, en la

¹ El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando

medida que de no haberse producido su traslado al RAIS sería la entidad administradora del RPMPD a la que estuviera realizando las cotizaciones.

Entonces, dado que la administradora del RPMPD llamada a recibir como afiliada a la demandante es COLPENSIONES, deberá adelantar todos los trámites interadministrativos que estime necesarios para actualizar la historia laboral de ésta y realizar los cobros respectivos ante la entidad a la que se encontraba vinculada antes de su traslado al RAIS o la que la subrogó en la obligación.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, teniendo en cuenta que las demandadas, propusieron la excepción de prescripción, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte 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, por lo cual no hay lugar a declararla probada.

Se condenará en costas de esta instancia a Colfondos S.A., Protección S.A., Skandia S.A. y Porvenir S.A. Se REVOCAN las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

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 día 25 de mayo de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **CARLOS ARTURO MANRIQUE GÓMEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., CON LA VINCULACIÓN DE COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó el demandante Carlos Arturo Manrique Gómez a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, el 29 de agosto de 1997, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente de CORPORANÓNIMAS, así como los efectuados de manera horizontal.

dicho régimen: “*respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan*”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

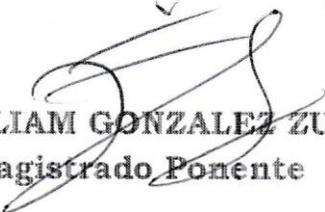
TERCERO: CONDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo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

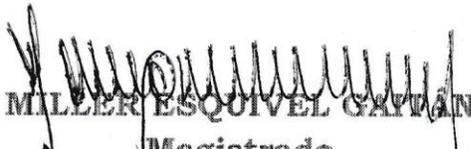
CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación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

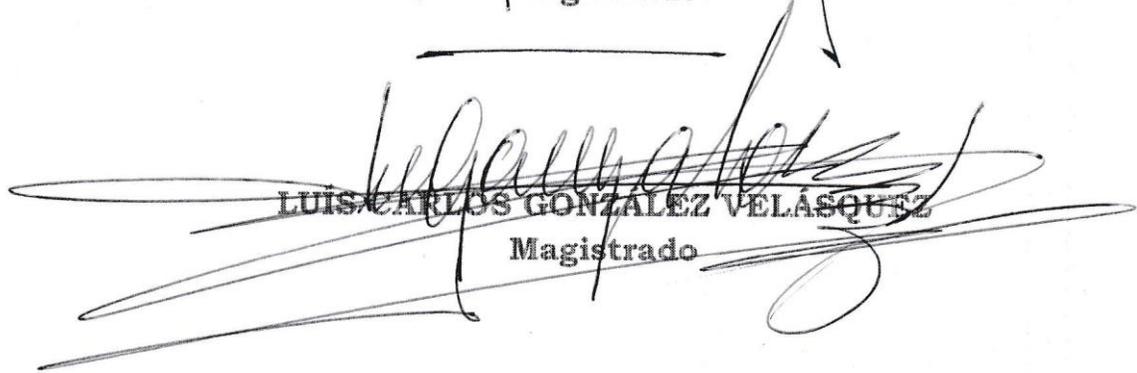
QUINTO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de \$1.000.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Se **REVOCAN** las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de dichas demandadas. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ 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. 110013105012201900759-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con 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

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte demandante y de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 2 de junio de 2021 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **BERNARDO AUGUSTO SÁNCHEZ INSIGNARES** 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. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido; asimismo se RECONOCE PERSONERÍA adjetiva a la Dra. Angélica María Cure Muñoz, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y tarjeta profesional 369.821 del C.S.J., como apoderada especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Bernardo Augusto Sánchez Insignares, pretende que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad, declarando que el demandante ha permanecido en el RPM sin solución de continuidad; que se ordene a Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de la administradora; que se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación del demandante, y a recibir los aportes y rendimientos devueltos; que se condene al fondo demandado al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante, los cuales estima en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que, nació el 24 de junio de 1962; que realizó cotizaciones al RPM administrado por el ISS desde el año 1985 hasta el año 1999; que para febrero del año 2000, el demandante por no recibir información técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A.; posteriormente, para el año 2006, el señor Bernardo Augusto Sánchez por los mismos móviles equivocados, suscribió formulario de afiliación con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

Afirma el demandante que se afilió a dichos fondos, por considerar que el RAIS era mucho mas beneficioso, pues los fondos privados comenzaron a ejercer una publicidad muy agresiva, inclusive, indica que el asesor encargado de la afiliación, no contaba con un título ni formación profesional, o con capacitación adecuada, que lo acreditara o le permitiera informar o suministrar información completa, veraz, y suficiente.

Igualmente aduce el demandante, que los asesores de los fondos privados en ningún momento le hicieron las advertencias de los riesgos que existían por trasladarse a este régimen, ni se le informó que el monto de la pensión sería menor, encontrándose viciada, adoleciendo de nulidad absoluta.

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 no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad del actor, los derechos de petición presentados y sus contestaciones.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES planteó las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones de mérito 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 2 de junio de 2021, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y cotización del demandante, efectuada con Porvenir S.A. el 3 de febrero del año 2000, y la subsiguiente con Horizonte por fusión hoy mismo Porvenir S.A., del 15 de agosto de 2006; ordenar a Porvenir S.A. a trasladar el valor de saldos, aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a Colpensiones; ordenar a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante, y a recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho sobre el particular; absolver a Colpensiones y Porvenir de las demás súplicas, declarando no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación únicamente en lo referente a la no condena en costas a las entidades demandadas, indicando que debe tenerse en cuenta que ambas demandadas fueron vencidas en juicio dentro del proceso, y que las pretensiones de la demanda fueron debidamente controvertidas por las demandadas, oponiéndose de forma activa a las mismas, siendo esta una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional, debiendo ser estas reconocidas, conforme lo dispone el artículo 365 del Código General del Proceso.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES interpuso recurso de apelación, indicando que a lo largo del proceso ordinario que se llevó a cabo, se logró demostrar se logró demostrar que se satisficieron los deberes de información que se encontraban vigentes para la época de suscripción del formulario de afiliación; que igualmente, se avizora que no se logra demostrar ningún vicio del consentimiento, en lo referente al error, fuerza o dolo.

Indica que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 100 de 1993, toda vez que se encuentra dentro de los 10 años anteriores a adquirir el estatus pensional, razón por la cual, la administradora no procedió a acogerlo en el RPM.

Indica que en la sentencia de primera instancia, no se accede a la devolución de gastos de administración, en razón a los frutos y rendimientos financieros que han obtenido las cotizaciones, obligaciones que están en cabeza de la AFP, y que sean propios de su objeto social, solicitando entonces, que se ordene la devolución de gastos de administración, como consecuencia de la sentencia de ineficacia del traslado efectuado de la AFP Porvenir S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **parte demandante** alegó alegatos de conclusión, solicitado confirmar la sentencia proferida en primera instancia, toda vez que se emitió estableciendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al advertirse inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del traslado de régimen.

Frente a la no condena en costas, solicita se revoque dicha decisión, en razón a que las pretensiones del libelo demandatorio fueron concedidas, siendo procedente dicha condena.

La **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** igualmente remitió alegatos de conclusión dentro del término, aduciendo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo, toda vez que las pruebas permiten inferir que el mismo se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, y que, no se observa vicio del consentimiento.

Asimismo, que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que el demandante fue informado a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima.

Asimismo, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** alegó alegatos de conclusión, señalando que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación; igualmente que el a quo realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, adujo que se debió llegar al punto de desanimar al actor de hacer su vinculación.

Manifiesta 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.

Por último, solicita confirmar la sentencia parcialmente, en el sentido de mantener la absolución de costas.

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 **iii)** Si PORVENIR S.A está obligada a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos, los gastos de administración, **iv)** si el demandante se encuentra inmerso en la prohibición para retornar al régimen de prima media con prestación definida, y **v)** si procede la condena en costas a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. en la sentencia de primera instancia. 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 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 8 obra copia del formulario de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a Porvenir S.A., diligenciado el 3 de febrero del año 2000; a folio 9, formulario del traslado de Porvenir S.A. a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A. del 15 de agosto del 2006, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que los traslados se realizaron de forma correcta, e igualmente, el a quo recibió interrogatorio de parte del demandante, quien indicó haber suscrito el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; que leyó el formulario de afiliación, y que sus motivaciones, se dieron en razón a que un asesor de Porvenir S.A. se acercó a las instalaciones de la empresa en la que laboraba, quien le ofreció trasladarse de fondo de pensiones, manifestándole que el ISS se estaba transformando, y que no iba a recibir mas afiliaciones; que el gobierno habría creado los fondos privados, en reemplazo de lo que sería el ISS; que las condiciones serían iguales, y que por su edad, no habría diferencia alguna; que no se le indicó que sus aportes generarían rendimientos, así como tampoco los requisitos que necesitaría para pensionarse; que si se le indicó que en caso de morir, su esposa quedaría pensionada, al igual que con el ISS.

Refiere el demandante que no hizo uso del derecho de retracto, en cuanto consideraba que en ambos regímenes tenía las mismas condiciones, según lo que le había explicado el asesor de Porvenir S.A., en una reunión que duró aproximadamente 15 minutos.

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 las AFP, obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Bernardo Augusto Sánchez 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, 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.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando las demandadas 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 PORVENIR S.A. el 3 de febrero del año 2000, 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.

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, o de los parámetros fijados en la sentencia SU 062/10, 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, se revocará y se accederá a lo apelado, 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 acceder a este punto de apelación. 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.”

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, encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria y posterior condena.

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 eximirlas de dicho rubro.”

Así las cosas, el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, establece las tarifas de agencias en derecho regula los procesos iniciados a partir de dicha fecha, resultando aplicable en el presente caso, en cuando el proceso cuenta con fecha de radicación del año 2019, en el cual se prevé:

PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia:

- a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.*
- b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V.*

En primera instancia.

- a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:*
 - (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.*
 - (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.*
- b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.***

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que no se evidenció en la sentencia de primera instancia, asistiéndole razón a la apoderada de la parte demandante, habiendo lugar a acceder a su pretensión, y condenar en costas a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A.

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 día 2 de junio de 2021 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Bernardo Augusto Sánchez, en cuando no se accedió a la devolución de gastos de administración por parte de Porvenir S.A. con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para en su lugar, **ORDENAR** a Porvenir S.A. a trasladar además de los emolumentos indicados en la sentencia de primera

instancia, los gastos de administración, como consecuencia de la declaratoria de la nulidad surtida en dicha instancia judicial.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral sexto de la sentencia proferida el día 2 de junio de 2021 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Bernardo Augusto Sánchez, en cuanto no se condenó en costas a las demandadas, para en su lugar **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en costas. Fijense como agencias en derecho a cada una de ellas, la suma de \$1.000.000 para la primera instancia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 2 de junio de 2021 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en todo lo demás, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

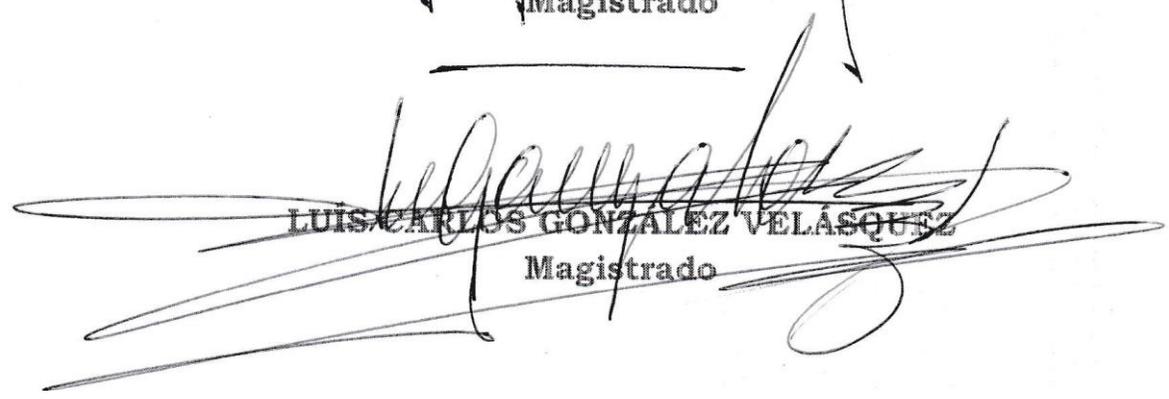
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
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. 110013105027201900085-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio 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 Luis 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 22 de junio de 2021 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ADRIANA SILVA ORDOÑEZ** 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.**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva al Dr. Diego Fernando Londoño Cabrera, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.032.360.658 y tarjeta profesional 198.680 del C.S.J., como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Adriana Silva Ordoñez, pretende que se declare que al momento de la afiliación efectuada a Colfondos S.A., fue inducida a grave error, al haber omitido información completa, veraz e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con el régimen de ahorro individual y permanencia en el mismo; que se declare que la demandante igualmente fue inducida a error por parte de Porvenir S.A. al efectuar su traslado, y permanecer en dicho régimen; que se declare

ineficaz el traslado de la demandante a Colfondos S.A. y Porvenir S.A., declarando vigente la afiliación efectuada al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, sin solución de continuidad; condenando a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes cancelados desde el 1° de noviembre de 2001, devolviendo la totalidad de los aportes efectivamente cotizados, con los rendimientos que por ellos se han generado, realizando igualmente, el traslado de la historia laboral de la parte actora.

Como fundamento de sus pretensiones, afirmó que nació el 24 de junio de 1959, empezando a cotizar al ISS desde el 1° de diciembre de 1978; que Colfondos S.A. la persuadió en noviembre de 2001, para que se vinculara a dicho régimen, sin entregarle la información necesaria para el traslado, así como tampoco le presentó proyecciones del monto de la pensión que le correspondería, y que por el contrario, el asesor de dicha AFP le aseguró que podría pensionarse a la edad que quisiera, con un valor de la mesada pensional que no afectaría las expectativas que traía del régimen en el cual se encontraba para dicho momento, consumando así su traslado.

Que posteriormente, la demandante efectúa traslado al fondo privado Porvenir S.A., desde el mes de agosto de 2002, sin que recibiera asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional.

Refiere la actora que mediante comunicación del 7 de septiembre de 2018, solicitó a Porvenir S.A. el informe sobre la rentabilidad anual obtenida por los aportes de la cuenta individual, los cálculos de pensión que en cada uno de los escenarios establecidos se hicieron para su vinculación en el fondo, constancia de asesoría y proyección de la pensión que le correspondería a la afiliada de no realizar más cotizaciones, y de continuarlo haciendo hasta los 60 años de edad, sin que se hubiese obtenido respuesta alguna, sin embargo, manifiesta la parte actora, que pudo acceder a la historia laboral, evidenciando que con lo cotizado no le alcanzaría para una pensión mínima.

Que una vez efectuadas las liquidaciones considerando que la señora Adriana Silva Ordoñez estuviera afiliada al régimen de prima media con prestación definida, le correspondería una pensión de vejez en cuantía del \$3.955.301, con una tasa de reemplazo del ingreso base de cotización de 61,81%.

Aduce la actora que radicó petición ante las tres demandadas, solicitando que se declarara la ineficacia del traslado, sin embargo, que Colpensiones y Colfondos manifestaron que la solicitud era improcedente, y Porvenir S.A. guardó silencio.

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, Colpensiones y Colfondos 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. Porvenir S.A. frente a cada uno de ellos, manifestó no constarle o no ser cierto como estaban redactados.

COLPENSIONES propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio de constitucionalidad de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, e 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, 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, compensación y excepción genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de junio de 2021, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: “(...) **PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ADRIANA SILVA ORDOÑEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Así mismo, se declara la ineficacia de los traslados horizontales efectuados dentro del RAIS. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo a la afiliación de la señora ADRIANA SILVA ORDOÑEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de pensión mínima, conforme a lo aquí expuesto. TERCERO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de pensión mínima, durante el**

tiempo que la accionante estuvo afiliada a dicha entidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora ADRIANA SILVA ORDOÑEZ, al régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP, conforme a lo aquí expuesto. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. SEXTO: CONDENAR a la demandada AFP COLFONDOS en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho en favor de la parte demandante. No condenar en costas a COLPENSIONES ni a PORVENIR conforme lo expuesto en esta providencia (...)”.

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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, aduce que el traslado del RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito el 1° de noviembre de 2001 con Colfondos, y la omisión de información vital al haber efectuado el cambio de régimen alegados por la demandante, no se encuentran plenamente probados, ya que la actora de forma voluntaria decidió trasladarse, así mismo, que conforme lo estipulado del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el numeral e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, donde se señala que después de un año de la vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, y para el caso concreto, la demandante al 31 de julio de 2019, contaba con 60 años de edad, además, que dicho con dicho traslado se incurriría en una descapitalización de Colpensiones.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS manifestó que debe tenerse en cuenta que los gastos de administración fueron descontados por dicha administradora, en virtud del mandato normativo de la Ley 100 de 1993, en la cual se indica que los costos de administración del sistema general de pensiones permitirán una comisión razonable a las administradoras, y que las mismas, fueron descontadas conforme las directrices de la Superintendencia Financiera.

Que en todo caso, las comisiones de administración solo se podrán cobrar por los conceptos de comisión de administración sobre los aportes obligatorios, debiendo tenerse en cuenta que la devolución de dichos gastos, causa un detrimento al patrimonio de Colfondos S.A., en razón a que se está causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de

Colpensiones, y de la demandante, pues no solo se están trasladando los aportes obligatorios, sino también unos dineros por concepto de rendimientos, desconociendo las gestiones del fondo.

Considera la apoderada, que al declararse la ineficacia y devolver las cosas a su estado original, lo mismo quiere decir que eso es como si no hubiesen existido costos de administración, por lo que la demandante no sería beneficiaria de los rendimientos.

En cuanto a las agencias en derecho, solicita que sean consideradas, como quiera que conforme a lo establecido por el Consejo, las mismas corresponden a una contraprestación por los gastos en que incurriere para ejercer la defensa judicial dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por la parte, debiendo tenerse en cuenta que en los procesos de nulidad no existe mayor desgaste ni tanto del abogado como de la justicia, como quiera que se allegan los documentos que reposan al momento de la concepción de la demanda y así mismo, Colfondos contestó la demanda en términos una vez recibido la notificación por la parte demandante.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. sustenta su recurso, solicitando que se revoque en forma parcial el fallo proferido, exponiendo a consideración, que si bien existe un precedente del órgano del cierre de la jurisdicción como la citada el a quo, los salvamentos que cita el Tribunal en diferentes salas, no se ha aplicado de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, en especial que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 del 1993, también en el régimen de prima media, se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, gastos que no forman parte integral de la pensión de vejez, y por ello están sujetos a la prescripción.

Considera que es necesario resaltar que la Superintendencia Financiera de Colombia, en el concepto del 17 de enero del 2020, indicó de forma expresa, que los eventos en los que procede la ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de las cuentas individuales del afiliado, sin que proceda la devolución de prima de seguros provisional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, ni tampoco la comisión de la administración,

Adicionalmente, que el hecho de ordenar el traslado de estos gastos a Colpensiones, configura un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución, pues en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113 del literal B de la Ley 100 de 1993, menciona cuales son los

dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen, esto es el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que se está adelantando para incrementar o que se adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual.

Finalmente deberá declararse la prescripción respecto de la devolución de gasto de administración, y las primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual de la afiliada, o los rendimientos financieros por cuanto no corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales en cuanto no financian la prestación de vejez, no pudiendo predicarse de su imprescriptibilidad característica de que goza el derecho pensional y por ende están sujetos al fenómeno previsto en los artículos 488 y 151 del C.P.T. y de la S.S.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, **la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** remite alegatos de conclusión, indicando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en el presente 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; igualmente, que el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, que tenga objeto o causa ilícita, o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo, situación que no aplica en el presente caso.

Que se aporta formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, el cual es un documento público que se presume auténtico, que contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado ni desconocido.

Asimismo, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, remitió alegatos de conclusión, haciendo alusión a la prohibición legal en la que se encuentra la demandante contemplada en la Ley 797 de 2003; que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil; que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento, entendido como el deber de información; y que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

La parte **demandante** alegó igualmente alegatos de conclusión, solicitando confirmar la sentencia proferida, teniendo en cuenta que al momento de la afiliación de la actora, el asesor no entregó la información suficiente con la exposición de razones, beneficios e inconvenientes debidamente sustentadas para garantizar el derecho a la toma correcta de la decisión de selección de régimen pensional, así como tampoco se le entregaron proyecciones pensionales.

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, **iii)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **iv)** 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; **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema; **vi)** si en el presente proceso opera la prescripción, y **vii)** si es procedente 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 en el cd que reposa en el folio 513 del expediente, obra copia del formulario de la vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS, a Colfondos S.A., suscrito el 3 de septiembre de 2001, y a folio 202, reposa el formulario de afiliación y traslado de Colfondos S.A. a Porvenir S.A., diligenciado en fecha 30 de junio de 2002, 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 se trasladó a Colfondos, y que se le indicó que su pensión tendría las mismas condiciones que tendría al momento con el ISS, sin que le hubieran hablado sobre lo que es una cuenta de ahorro individual, y que la información iba enfocada a la solidez del fondo, decisión que tomó, en cuando se le informó que la mesada pensional no tendría ninguna modificación. Que posteriormente, se traslada a Porvenir S.A., por cuanto esta AFP les indicó que se les informaría constantemente sobre el estado de su cuenta y las semanas cotizadas. Que antes de trasladarse a Colfondos, no tuvo conocimientos de seguridad social, y que ha desarrollado su carrera en el derecho urbanístico e inmobiliario. Actualmente, busca trasladarse en cuanto la pensión en el fondo privado no existe, pues no tiene la semana ni los aportes, y que, al estar en Colpensiones, su mesada sería mayor.

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 Adriana Silva Ordoñez 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 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 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 dicho fondo.

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.

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, Magistrada 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 devengarán 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.

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 22 de junio de 2021 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por Adriana Silva Ordoñez 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.

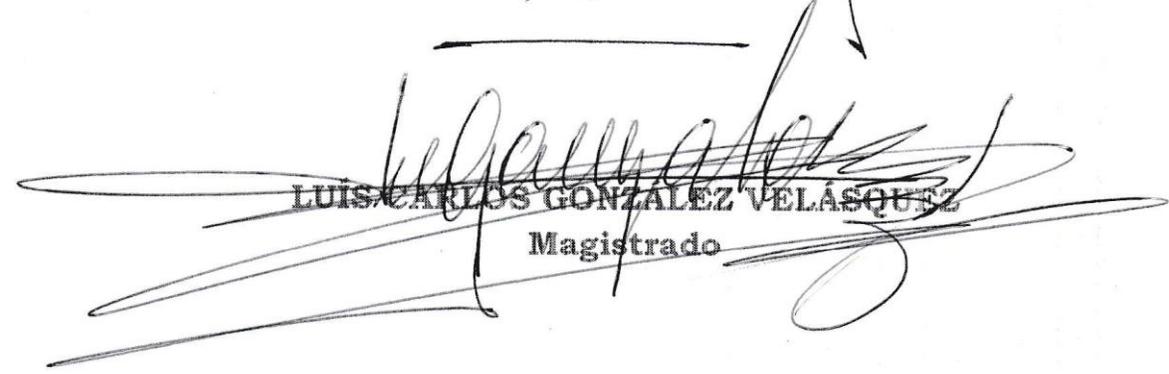
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
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. 110013105029201900351-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio 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 Porvenir S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 13 de julio de 2021 por el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANA ELSY LEÓN OCHOA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Ana Elsy León Ochoa, pretende que se declare la nulidad del traslado efectuado a Colfondos S.A., al no existir una decisión informada; que se declare que las AFP accionadas no la informaron sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas, y riesgos del mismo; que se declare que Porvenir S.A., debe trasladar todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones; que se declare que Protección S.A. acude

al proceso para efectuar el traslado del capital de la cuenta pensional de la demandante, y el dinero de las cuotas de administración; que se declare que Colpensiones debe activar la afiliación de la señora León Ochoa, en el régimen de prima media con prestación definida; que se condene a las demandadas al reconocimiento, liquidación y pago de los demás derechos y sanciones laborales a que haya lugar, y que resulten probados dentro del proceso, atendiendo a los principios ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 15 de agosto de 1960, que se afilió al RPMPD, siendo trasladada al RAIS en diciembre de 1996 a través de Colfondos S.A., quien no le brindó información adecuada y completa acerca del régimen al cual se estaba trasladando, que si bien se le manifestó cuales eran las ventajas, nunca se le indicó cuales serían las desventajas ni las diferencias.

Que para diciembre de 2001 se trasladó a Porvenir S.A., y que al momento de la asesoría, se le brindó información sobre las ventajas, pero tampoco se le suministró nada de lo referente a diferentes o desventajas, y pese a que ha elevado solicitudes de nulidad del traslados, las entidades Colpensiones y Porvenir S.A. no han proporcionado respuesta.

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 en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad de la actora, su fecha de nacimiento, su afiliación a cada una y las solicitudes elevadas.

COLPENSIONES propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones, y prescripción.

COLFONDOS S.A. propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo,

innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo.

PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de julio de 2021, el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., resolvió declarar la ineficacia del acto de traslado de la señora Ana Elsy León Ochoa al RAIS, celebrado el día 19 de noviembre de 1996, retro trayendo las cosas al estado anterior, condenando a Porvenir S.A., a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores y de la demandante por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ordenando además a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubieren producido, sin descontar suma alguna, ordenando a Colpensiones a que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial, absolviendo en lo demás a las demandadas, y declarando no probadas las excepciones propuestas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandada Porvenir S.A. interpuso 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, aduciendo que no le asiste razón a la falladora de primera instancia en declarar una ineficacia del traslado, basada en la falta de información, cuando para la época del traslado, ninguna de las AFP estaba en la obligación de entregar

documentos con la realización de la asesoría, así como tampoco lo era entregar una proyección pensional de manera escrita, pero si verbal, conforme se hizo.

Refiere que la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto 19 de 1998, estableció que para efectos de que se entendiera valido el traslado del régimen pensional, el afiliado expresara su voluntad a través del correspondiente formulario, tal y como ocurrió en el presente caso, cumpliendo dicha AFP con la totalidad de las obligaciones a su cargo, y la permanencia de la demandante en el RAIS ha sido una decisión libre y voluntaria, que se ha ratificado en el tiempo, además, que se dio cumplimiento al artículo 97 del decreto 663 de 93 y de la ley 100 de 1993.

Que debe tenerse en cuenta que no es razonable solicitarle a ninguna AFP que pruebe con documentos la asesoría que se le suministró a la demandante, ya que la misma fue verbal, siendo prueba el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, quien dio respuestas evasivas e incluso repetitivas, dando a entender que ya estaban estructuradas las mismas.

Que en el paso en particular, la demandante realizó múltiples afiliaciones entre fondos, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS, y aceptar las condiciones en el. Adicionalmente, que no es factible devolver los gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destinó un 3% de la cotización a financiar los gastos de administración, pensión de invalidez y de sobrevivientes, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez, por lo que, están sujetos a la prescripción, adicional a que la Superintendencia Financiera de Colombia indicó que los eventos en que surgiera una ineficacia del traslado, los únicos dineros a retornar a Colpensiones, eran las cotizaciones junto con sus rendimientos, no haciendo mención a los gastos de administración, y mucho menos a las primas de seguros. Que dicha devolución, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, Colpensiones, Porvenir S.A. y la parte actora allegaron alegatos de conclusión.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. solicita revocar en su integridad el fallo proferido en primera instancia, indicando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este 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 de traslado, refiriendo que el formulario de afiliación suscrito por la demandante, es un documento público que se presume auténtico, además, de que la

declaración fue libre, espontánea, y sin presiones, sumado a que el documento no fue tachado, ni desconocido, así como tampoco se evidencia objeto o causa ilícita, y que tampoco el consentimiento de la demandante estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto.

Adicionalmente, que no es viable imponer cargas distintas a la AFP, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la actora, se llevó de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa. Igualmente, que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, ya que a la señora Ana Elsy León Ochoa se le informó sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes, por lo que no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo.

La apoderada de la **parte demandante** indica que es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS, al no acreditar las demandadas que se otorgó información clara y completa a la actora, respecto de las ventajas y desventajas que el traslado implicaría.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido en su integridad, y lo expuesto por el apoderado de Porvenir S.A. 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.

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).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los

afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

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 35 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por Cajanal (cuyas obligaciones con sus afiliados hoy son asumidas por COLPENSIONES)¹, a Colfondos S.A. diligenciado el día 19 de

¹ El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: “*respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan*”, sin perjuicio de que sus

noviembre de 1996; a folio 167 obra formulario del traslado efectuado de Colfondos S.A. a Pensiones y Cesantías Santander hoy Protección S.A. diligenciado el 11 de agosto del 2000; a folio 122 reposa formulario de vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., prueba que en principio es concreta en el sentido de que los traslados se realizaron de forma correcta en las anotadas fechas.

Igualmente se recibió interrogatorio de parte de la demandante, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la afiliación a Colfondos S.A., indicó que trabajaba en la Rama Judicial, y que se encontraba en Cajanal, que los asesores se acercaron a los juzgados, y les ofrecieron que de pasarse al fondo privado, podría pensionarse a los 40 años, que el ISS se acabaría, por lo que tomó la determinación de trasladarse; afirma que la asesoría fue grupal, sin que les hubieran indicado cuales eran las desventajas del fondo. Refiere la actora que intentó trasladarse a Colpensiones, pero que no la recibieron por faltar menos de 10 años para pensionarse; que Porvenir S.A. le ofrece un salario mínimo, y es por lo que hasta el momento sigue trabajando.

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 las AFP, 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 ANA ELSY LEÓN OCHOA 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

afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. Por otra parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, haciéndose efectivo el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

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, 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.

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 Colfondos S.A el 19 de noviembre 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos, como aquí aconteció respecto de COLFONDOS S.A, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema*

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

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 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 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.»

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, 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.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia al recurrente dado el resultado adverso de su apelación. 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 13 de julio de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por Ana Elsy León Ochoa en contra de la

Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección 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 PORVENIR S.A. Fijese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

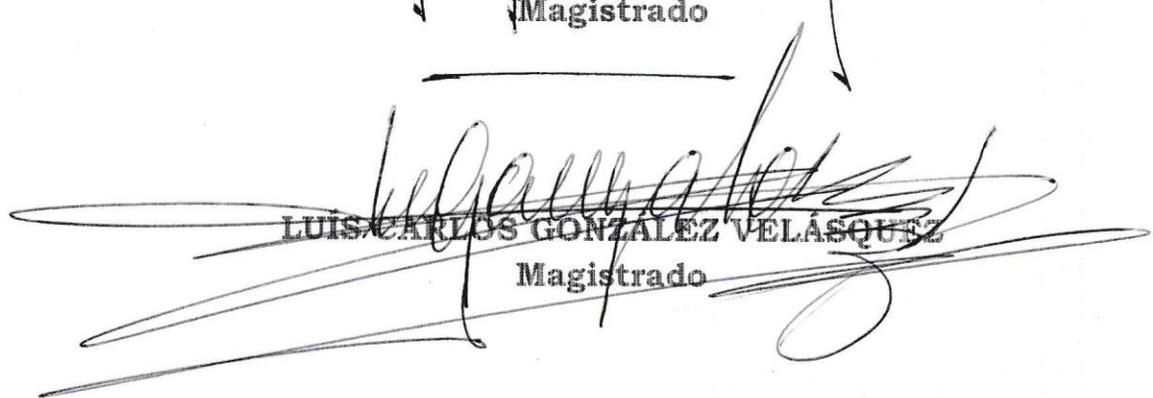
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105037201900613-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio 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 Luis 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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Protección S.A y Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 6 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **BLANCA JUDITH GÓMEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

Blanca Judith Gómez, pretende que se declare la nulidad de la afiliación efectuada en junio de 2001 a Protección S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe; que como consecuencia de lo anterior, se ordene a Colpensiones a recibir y afiliar a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiera trasladado; que se condene a Protección S.A. a pagar las sumas adeudadas actualizadas, de conformidad con certificación expedida por el DANE, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 12 de diciembre de 1964, y que inició a laborar desde el 2 de octubre de 1984, encontrándose vinculada al ISS. Que para mayo del 2001, los asesores de Protección S.A., motivaron el traslado de la demandante bajo un acoso sistemático,

ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener con el régimen de prima media con prestación definida al momento de pensionarse, manifestándosele que la mesada pensionar sería superior a la que obtendría con Colpensiones, además, de que el ISS estaría por acabarse.

En virtud de lo anterior, la accionante realiza traslado de régimen, afiliándose a la AFP Protección S.A., y que al solicitar la devolución a Colpensiones, la misma es negada.

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, en su mayoría manifestaron no ser ciertos, o no constarles, salvo los relacionados con la edad de la actora, y las peticiones por ella elevadas.

COLPENSIONES propuso como excepciones perentorias las que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, petición anticipada, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 06 de julio de 2021, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado que efectuó la demandante a Protección S.A., y en consecuencia, establecer que la afiliación válida de la demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida; condenar a Protección S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos financieros, y costos cobrados por administración; condenar a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional de la demandante, y aceptar los valores que se remitan por parte de Protección S.A., declarando no probadas las excepciones propuestas, condenando además a las demandadas en costas a favor de la demandante, teniendo como agencias en derecho, la suma equivalente a un smmlv.

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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, aduce que de la prueba arribada en relación con el interrogatorio de parte, pudo verificarse que la demandante si tenía conocimiento del funcionamiento del régimen de ahorro individual con solidaridad, al haber expresado que le informaron sobre la posibilidad de pensionarse anticipadamente, indicando además que suscribió voluntariamente el formulario de vinculación a la AFP, que no lo leyó, por la buena fe en la que creyó que tenía el asesor; igualmente, que le informaron del bono pensional.

Adujo la apoderada que si bien uno de los argumentos dados por el asesor de la AFP fue que el estado acabaría con el ISS, lo cierto es que esta pasó a ser la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, y la demandante no retornó a este, justificándose en su falta de conocimiento, y que cuando lo intentó, la empresa le negó la posibilidad, siendo necesario que en el presente proceso, la actora pretenda beneficiarse de su falta de diligencia, siendo su obligación verificar la información que le proporcionó el asesor.

Por último, que no se puede pasar por alto que, al firmarse el formulario de afiliación, media el consentimiento de la parte demandante, y que, de existir vicio alguno, el mismo resulta saneado con el paso del tiempo, tal como lo consideró el artículo 1754, a través de la figura jurídica de la ratificación.

Subsidiariamente, que, de confirmarse la sentencia de primera instancia, se confirme la absolución de costas, y la devolución de aportes con sus rendimientos.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. sustenta su recurso en cuanto se ordenó trasladar además de los aportes contenidos, las sumas descontadas por cuotas de administración, indicando que debe tenerse en cuenta, que de volver las cosas al estado original en que se encontraban previo al acto jurídico de traslado, las consecuencias no deben acarrearlas solamente Protección, asumiendo sumas que fueron descontados de manera legal, con base en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, habiendo surtido unos rendimientos financieros, considerando la condena excesiva.

Afirma la apoderada, que con la condena se está implícitamente indicando que el régimen de ahorro individual debe sostener económicamente una parte importante dentro de la rentabilidad del manejo financiero del régimen de prima media, sin tener en cuenta otras consideraciones, como las que fueron previamente expuestas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** alegó alegatos de conclusión, señalando que la demandante

se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, deviniendo entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen.

Que igualmente tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al RAIS como se alega en la demanda, siendo imposible predecir al momento de la vinculación cuales serían los ingresos base sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años, y calcular una futura mesada pensional, pues los ingresos económicos podrían variar.

Refiere que no se demostró que la demandante hubiese sido engañada al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, mas aun, al permanecer en el RAIS sin manifestar inconveniente alguno.

La parte actora y Protección S.A. guardaron 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 el interrogatorio de parte no fue debidamente valorado determinando si con él se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si la permanencia en el RAIS sana la nulidad, **iv)** si PROTECCIÓN S.A está obligada a trasladar a COLPENSIONES además del capital, los rendimientos los gastos de administración, y **v)** Si en efecto procede la exoneración de costas a favor de COLPENSIONES. 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 92 obra copia del formulario de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a Protección S.A., diligenciado el 1 de septiembre de 2003, 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, indicó que para la época trabajaba para una temporal, y que en determinado momento, la entidad las citó a las oficina, donde se encontraba una funcionaria de la empresa y otra persona, sin que supiera de quien se trataba, manifestándole que hubo con cambio con las pensiones, y que el ISS se acabaría, y que antes de que eso pasara, el gobierno habría creado los fondos de pensiones, aduciendo que sería mejor, en cuanto podría pensionarse en el momento en que ella quisiera; que estaría ahorrando y que podría retirar su retiro cuando quisiera, sin que se le hubiera indicado los requisitos para pensionarse.

Refiere que la asesora no revisó su historia laboral, ni su información personal previo a efectuar la afiliación; que no leyó el formulario suscrito, y que posteriormente, no ha tenido otras asesorías.

Afirma que su motivación para regresar al régimen de prima media, se debe a que se comunicó con la AFP, quien le manifestó que la información que le dieron en la asesoría no era verídica, y que no podría retirar sus ahorros cuando quisiera. Adicionalmente, manifiesta que el asesor le indicó que cuando ella comprara casa, se le entregaría un bono con el dinero ahorrado, y así podría pagar la cuota inicial de la misma. Por último, indicó que por desconocimiento no se acercó a las instalaciones del ISS a verificar la información que le habría proporcionado la AFP-

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 PROTECCIÓN 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 JUDITH GÓMEZ 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 de manera libre y voluntaria, 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.

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 PROTECCIÓN 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 la sentencia de primera instancia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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, o de los parámetros fijados en la sentencia SU 062/10, 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.

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.”

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.

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

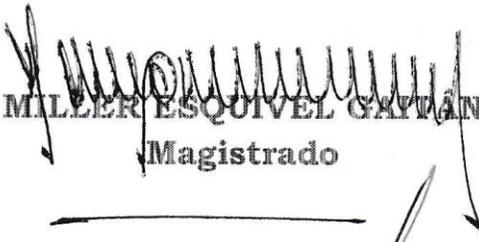
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 06 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, promovido por Blanca Judith Gómez en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

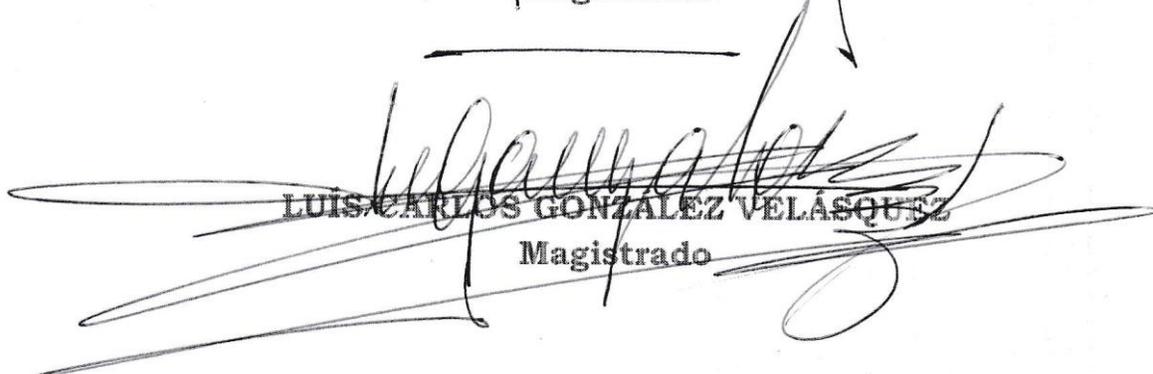
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Protección S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ 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. 110013105026201900752-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de junio 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 Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 25 de mayo de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ROSA AURA PEÑA SIERRA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Rosa Aura Peña Sierra pretende que se declare la existencia de un vicio en el consentimiento que la indujo en error al momento de firmar el formulario de afiliación a cargo de Porvenir S.A., razón por la que debe declararse la nulidad o invalidez de dicho formulario; que se declare que Porvenir S.A. debe realizar la devolución de todos los aportes hechos por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con destino a Colpensiones, quien administra el régimen de prima media con prestación definida; que se condene a Porvenir a invalidar o efectuar nula el acta o formulario de afiliación, suscrito por la demandante; que se condene a Colpensiones a recibir en calidad de afiliado a la señor Rosa Aura Peña Sierra, condenando a Porvenir S.A. a realizar la devolución

a Colpensiones de los aportes hechos por su poderdante al RAIS; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 7 de febrero de 1967, contando con 50 años de edad al momento de la presentación de la demanda; que inició a realizar aportes para su pensión a Colpensiones hasta el mes de 1996, fecha para la cual ingresó a trabajar a la Fiscalía General de la Nación, siendo presionada por el lobby y la presencia constante en las salas de espera de los promotores de ventas de las administradoras de fondos de pensión, entre ellos, los representantes de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., quienes le manifestaron que estar cotizando para pensión en los fondos estatales era un error, indicando que los fondos privados eran mejores, efectuando la afiliación, sin que en ningún momento se le hubiese brindado una asesoría completa.

Que posteriormente se trasladó a Protección S.A., para luego volver nuevamente a Porvenir S.A., y que, elevó solicitudes de nulidad del traslado, sin embargo, las mismas resultaron desfavorables.

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, en su mayoría manifestaron no ser ciertos, o no constarles, salvo los relacionados con la edad de la actora, las afiliaciones efectuadas, y las peticiones por ella elevadas.

COLPENSIONES propuso como excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.

PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de mayo de 2021, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: *“(..). Declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante Rosa Aura Peña Sierra al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de agosto de 1996, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia; Condenar a la demandada Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenar a la demandada Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenar en costas a la demandada Porvenir S.A. (...).”*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de la demandante y de la demandada Porvenir S.A. 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, aduciendo que se declara una ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la cual se da cuando existen actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, y supone un dolo que no fue probado ni manifestado dentro del proceso, considerando importante validar que la demandante ha permanecido en el régimen de ahorro individual durante mas de 20 años, sin que existiera ningún tipo de inconformidad, y que simplemente al enterarse de que el monto en el RAIS iba a ser mayor, decidió generar el cambio, pese a tener la oportunidad de generar el traslado, sin embargo, realizó traslados de manera horizontal en los fondos privados, y que pese a que la a quo indicó que esto no puede tomarse como un acto de relacionamiento, la Corte si ha manifestado que cada caso debe ser validado de forma concreta, considerando que no es dable que después de seis asesorías con fondos distintos, no tenía claro a que fondo pertenecía.

Que la a quo también indica que el formulario de afiliación no tiene información alguna sobre dicho régimen, pese a que el mismo es avalado por la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia Financiera, y nace de la Ley 100 de 1993, en la cual se indica que cuando se genera un cambio de régimen, este se debe de hacer por escrito con la manifestación que se debe de hacer de forma libre y voluntaria, tal y como lo hizo la demandada Porvenir S.A., quien al cumplir con la ley, no puede ser condenada, evidenciándose que no se requiere documento adicional, sino cualquier tipo de prueba, sin que para la fecha fuese necesario algo más.

Refiere que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003, la cual fue sometida a un control constitucional, y declarada exequible.

Que la ley ha generado y autorizado el descuento de gastos de administración, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez, no siendo un emolumento que le corresponde al afiliado, por tanto, aunque se declara no probada la excepción de prescripción, si se verifica la naturaleza de los gastos de administración, los mismos efectivamente si se encuentran prescritos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora, Colpensiones y Porvenir S.A. allegaron alegatos de conclusión.

El apoderado de la **parte actora** indica que Porvenir S.A. al momento de realizar el trámite de afiliación de la señora Aura Peña, no le suministró información completa, suficiente y comprensible que correspondiera a la gestión pensional que deben realizar las AFP, aunado a que en todo el trámite procesal no cumplió

con la carga probatoria que le asiste de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial desplegado por la Corte Suprema de Justicia.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la actora, se llevó de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa. Igualmente, que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, ya que a la señora Rosa Aura Peña se le informó sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes, por lo que no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo.

Que no es razonable ni jurídicamente válido, imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. solicita revocar en su integridad el fallo proferido, indicando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este 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 de traslado, refiriendo que el formulario de afiliación suscrito por la demandante, es un documento público que se presume auténtico, además, de que la declaración fue libre, espontánea, y sin presiones, sumado a que el documento no fue tachado, ni desconocido, así como tampoco se evidencia objeto o causa ilícita, y que tampoco el consentimiento de la demandante estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto.

Que los gastos de administración y las primas de seguros no corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los regímenes, en cuanto no financian la prestación de vejez y, por ende, no son parte integral de ella, por lo que debe descartarse su imprescriptibilidad, característica de que si goza el derecho pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido en su integridad, y lo expuesto por el apoderado de Porvenir S.A. 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.

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).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad del traslado, pues independientemente de ello los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o***

«mantener» el reseñado régimen de transición.»

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 189 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del ISS a Porvenir S.A., diligenciado el 13 de agosto de 1996, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha.

Igualmente se recibió interrogatorio de parte de la demandante, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la afiliación a Porvenir S.A. indicó que para 1996, se presentaron unos promotores empleados de las empresas de Porvenir S.A. a la Fiscalía General de la Nación, quienes estaban suministrando los formularios de vinculación a los fondos, y allí, diligenció el mismo, quedando vinculada al fondo; aduce que les indicaron que el ISS desaparecería, siendo mas conveniente pasarse al fondo privado; que escogió Porvenir, en razón a que se les indicó que se les manifestó que tenían un mayor prestigio, antigüedad, que no tendrían ningún inconveniente, con contar con todas las autorizaciones del estado, por lo que decidió realizar el traslado, aunado a que adicionalmente se les indicó que saldrían mejor pensionados, en un menor tiempo.

Aduce la demandante que posteriormente al realizar solicitud en Colpensiones, se le asignó un asesor, quien le explicó la forma en como se pensionaría, y que teniendo un salario superior a \$11.000.000 millones, su mesada sería de \$2.200.000 aproximadamente, considerando que había sido engañada por la AFP.

Que no tiene conocimiento de que es una cuenta de ahorro individual, tampoco aportes voluntarios, ni que la pensión podría pasar a sus herederos.

Con respecto a la afiliación efectuada con Colmena, indicó que en ningún momento se le fijó un monto de cual podría ser su mesada pensional, y que su traslado horizontal se debió a que dicha entidad era la encargada de sus riesgos laborales.

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 las AFP, 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 ROSA AURA PEÑA SIERRA 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 de manera libre y voluntaria, 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.

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 en de agosto 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos, como aquí aconteció, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

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 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 cubre 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 FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, 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.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia al recurrente dado el resultado adverso de su apelación. 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 25 de mayo de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por Rosa Aura Peña Sierra en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la Administradora de Fondos de

Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

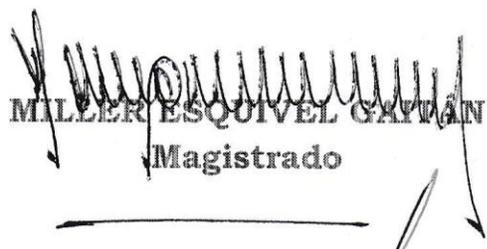
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Fijese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

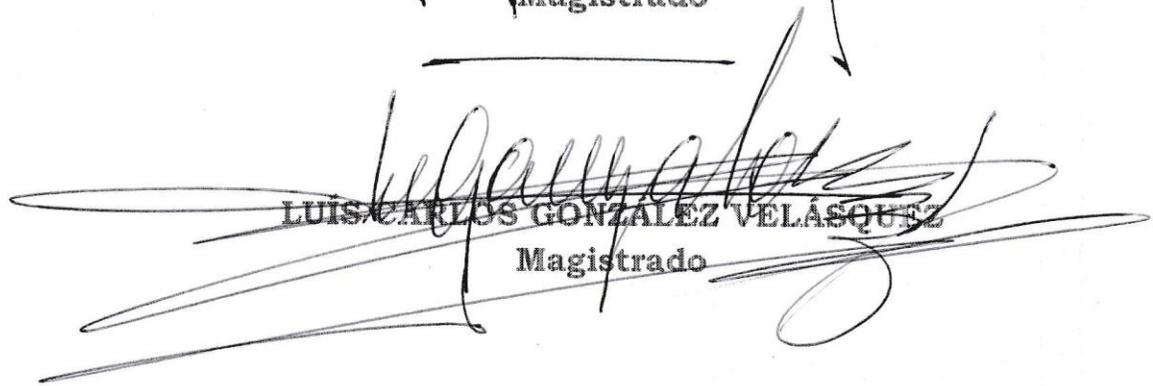
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105014201800740-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (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 Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida con ocasión al traslado de expedientes dispuesto mediante los acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de abril de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALEXA MARÍA AMADOR CHALJUB** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **OLD MUTUAL S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**.; no sin antes reconocer como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. Claudia Liliana Vela y como apoderada sustituta a la Dra. Astrid Jasbleyde Cajiao Acosta en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 143 a 147.

ANTECEDENTES

ALEXA MARÍA AMADOR CHALJUB, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-

COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, se declare nula su afiliación al RAIS; y, en consecuencia, condena a PROTECCION S.A., a registrar en el Sistema de Información de las Administradoras privadas de pensiones, que su afiliación a la AFP DAVIVIR, estuvo viciada de nulidad; que, se condene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, como Administradora, a la cual se encuentra actualmente afiliada, a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás; condenar a COLPENSIONES, a activar su afiliación al RPM; que se conceda la ultra y extra petita y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, solicita que se declare la ineficacia de su afiliación al RAIS, por el incumplimiento de los deberes legales de información; debiendo, PROTECCION S.A., registrar en sus sistemas de información que dicho traslado fue ineficaz.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 13 de mayo de 1962; que, inició su vida laboral el 11 de diciembre de 1981, efectuando sus aportes a pensión en el Instituto de Seguros Sociales, hasta octubre de 1995, cuando ingresó a laborar a la Capitalizadora Bolívar S.A., siendo abordada por un representante de la AFP DAVIVIR S.A. hoy PROTECCION S.A., quien la persuadió para que se trasladara al RAIS, porque *“era lo mejor que había en el mercado, que el sistema pensional estaba colapsado, que se podía pensionar en cualquier momento sin explicar los requisitos, que la pensión se podía heredar, sin explicar las modalidades”*, además, que, esa Administradora de pensiones, pertenecía al mismo grupo empresarial de Seguros Bolívar, su nuevo empleador.

Indica que, la AFP DAVIVIR S.A., hoy PROTECCION S.A., no le informó la naturaleza y características del RAIS, ni que la pensión se financiaba con el monto ahorrado en su cuenta individual; menos aun cuáles eran las consecuencias, ventajas y desventajas que traería la suscripción del formulario de afiliación al RAIS; tampoco le explicaron que el monto de la pensión dependería de los rendimientos financieros y las características del mercado bursátil, no le hicieron un comparativo, ni una proyección del valor de la mesada pensión en uno y otro régimen, no le dio información clara y precisa sobre las implicaciones negativas de su afiliación, ni que, posiblemente en el RAIS, su mesada pensional disminuiría un 68%, a la que le otorgaría el RPM.

Refiere que, no le informaron que la fecha de redención del bono pensional sería a los 60 años de edad, ni que, antes de cumplir 47 años de edad, podía retornar al RPM. Que, en agosto de 2011, se afilió a SKANDIA OLD MUTUAL S.A., y, en julio de 2018, contrató una asesoría por cuenta propia, con la cual pudo concluir, que, su traslado al RAIS, la había perjudicado, por lo

que solicitó a las demandadas, la nulidad de su afiliación, obteniendo una respuesta negativa al respecto (fls.97-115 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fls. 207-221 PDF).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica; adicionalmente, formuló la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario por pasiva, solicitando vincular a COLFONDOS S.A., donde la actora estuvo afiliada con anterioridad al 1 de julio de 2008, cuando se cambió a PROTECCION S.A. (fls. 249-291 PDF).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de COLPENSIONES, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica (fls.303-315 PDF).

En la audiencia del artículo 77 del CPT y SS, celebrada el 25 de febrero de 2021, se ordenó integrar como parte pasiva, a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, quien también contestó oportunamente la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, 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 (Archivo No. 15 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de abril de 2021, el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS; ordenó a SKANDIA trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos y rendimientos; ordenó a PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A y SKANDIA S.A., reintegrar a COLPENSIONES y de su propio patrimonio, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, a prorrata del tiempo en que la actora, permaneció afiliada a cada una de esas Administradoras; ordenó a COLPENSIONES, aceptar a la actora en el RPM, reactivar su afiliación y corregir su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCION S.A.

Al respecto, consideró el a-quo, que, era obligación de DAVIVIR S.A. hoy PROTECCION S.A., demostrar haberle brindado a la actora, la asesoría previa y al momento de su traslado de régimen; sin que el formulario de afiliación, por si solo, tenga la capacidad de acreditar el cumplimiento del deber de información; sin que el tiempo en que la demandante, permaneció en RAIS, ni los cambios horizontales de Administradora, pueden convalidar su traslado o suplir la obligación de asesoría que se constituye en un pilar de la libertad de selección y su menoscabo afecta derechos de índole fundamental, que no pueden ser reparados por el paso del tiempo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, manifestó su inconformidad, sólo en lo relacionado con la devolución de los valores correspondientes a gastos de administración y el valor descontado por seguro previsional, por tratarse de descuentos autorizados por la ley, que se cobran tanto en el RAIS, como en el RPM; que, en el expediente se encuentra acreditado durante el tiempo en que la actora perteneció a esa AFP, cumplió con el adecuado manejo y gestión de sus aportes, y con ello causó unos rendimientos a su favor, por lo que, la condena impuesta constituiría un enriquecimiento sin justa causa, a favor de COLPENSIONES, por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, sumado a que se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de su buena gestión, por lo que tendría PROTECCION S.A., derecho a conservar dicha comisión como restitución mutua; que, si la consecuencia jurídica de esa decisión es que las cosas vuelvan a su estado anterior, sólo

procedería la devolución de los aportes, sin los rendimientos, por ser exclusivos del RAIS; frente a la prima de seguro previsional, afirma que, operó la prescripción, por tratarse de conceptos que se fueron descontando en la periodicidad que indica la Ley, que no financian la prestación económica por vejez, por lo que son conceptos que sí prescriben.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, indicó que, en el presente asunto, no cumplió la demandante con la carga dinámica de demostrar la falta de deber de información por parte de los Fondos privados, por lo que no habría lugar a declarar la ineficacia del traslado; que, la demandante, al momento de su traslado de régimen pensional, no tenía una expectativa legítima para pensionarse, por lo que no se puede recibir en el RPM, por encontrarse inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues, ya cuenta con la edad requerida para acceder al derecho pensional, por lo que de recibirla nuevamente en el RPM, no sólo se estaría actuando en contra de la Ley, sino que se descapitalizaría el sistema pensional, comoquiera que, no ha cotizado dentro de ese régimen pensional, por más de 20 años, y estaría dejando en desventaja a quienes sí han permanecido en el RPM.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante insistió en la confirmación del fallo de primera instancia atendiendo que las AFP no le brindaron una amplia, veraz, oportuna, pertinente y clara información al momento de la afiliación. Entre tato COLPENSIONES solicitó la revocatoria porque la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de retornar al RPM conforme la SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013, además que no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima para pensionarse, no habiendo demostrado ningún vicio en el consentimiento.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCION S.A y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar, i) si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ii) sí la carga de probar el incumplimiento en el deber de información correspondía a la demandante; iii) si con declaración de ineficacia del traslado de régimen de la actora, afectada la estabilidad financiera del Régimen de Prima Media con

Prestación Definida; y, iii) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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 es libre, siendo que una vez hecha ésta, 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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 de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, 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).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de

pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

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, aclararse que, la carga de la prueba le corresponde a las Administradoras privadas de pensiones, 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.

Al respecto, al plenario se allegó, historia laboral valida para bono pensional (fls. 5-12, 170-172 PDF); memoriales solicitando a las demandadas la nulidad del traslado de régimen pensional, con su respectiva respuesta negativa (fls. 13-28, 195-206, 247-248 PDF); formulario de afiliación al fondo de pensiones obligatorias SKANDIA, suscrito el 21 de junio de 2011, con efectividad a partir de agosto de 2011 (fl. 150 PDF); estado de cuenta individual de la demandante, en OLD MUTUAL (fls.151-160 PDF); historia laboral consolidada en OLD MUTUAL (fls. 161-169, 178-194 PDF); simulación valor mesada pensional, elaborada por OLD MUTUAL (fls. 173-177 PDF); formato de Pensiones y Cesantías SANTANDER historia laboral para iniciar proceso reclamación de bono pensional (fl.230, 234-235 PDF); formulario de vinculación a PROTECCION S.A. de fecha 01 de julio de 2008, con fecha de efectividad, 1 de septiembre del mismo año (fl.232 PDF); comunicación del 16 de agosto de 2002, dirigida por PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER a la actora, informándole la valorización de su bono pensional (fl. 233 PDF); reporte estado de cuenta de la demandante en PROTECCION S.A. (fls.237-245 PDF); consulta SIAF (fl. 246 PDF); certificación expedida por COLPENSIONES, traslado régimen pensional de la demandante (fl. 302 PDF); reporte de semanas cotizadas por la actora en COLPENSIONES (fls. 316-319 PDF); expediente administrativo COLPENSIONES (Archivo No. 02 PDF).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, la representante legal de PROTECCION S.A., quien informó que, además del formulario de afiliación suscrito por la actora a la AFP DAVIVIR, no existe otro documento donde conste la asesoría brindada, pues, para ese momento, el deber legal de información, se limitaba a la firma libre y espontanea del formulario de afiliación; que, para la fecha de traslado de la actora al RAIS, se exigía que los asesores tuvieran grado profesional en carreras administrativas, además, tenía todas las capacitaciones que se hacen al personal que ingresa nuevo a la Empresa; capacitaciones que consisten en una fase práctica y otra teórica, por ende, se capacitan en todo lo que tiene que ver con el negocio mandatorio, que son pensiones obligatorias, y, una vez realizan dichas capacitaciones, si pasan unos exámenes, pueden salir a asesorar y a vender el producto, que es la afiliación.

Por su parte, la demandante, indicó que, ingresó a laborar a Seguros Bolívar, en el año 1995 y en octubre de ese mismo año, la Compañía era dueña de DAVIVIR, por lo tanto, todos los empleados se afiliaron a esa Administradora, confiando totalmente en la Compañía, les dijeron que no había ningún problema, pero no les explicaron las características, la naturaleza del riesgo, ni las consecuencias que podía tener a futuro esa afiliación, diligenció el formulario y confió en el respaldo de la Empresa donde estaba trabajando; que, no fueron visitados por ningún asesor de DAVIVIR, simplemente les dieron el formulario y firmaron; que, no fue presionada o coaccionada para firmar el formulario de DAVIVIR; que, como asesora comercial, quiso ayudar a una compañera para que cumpliera su

meta de fin de mes y por eso se trasladó a COLFONDOS S.A., diligenció el formulario, pero tampoco le explicó nada del RAIS, igual sucedió cuando se cambió a OLD MUTUAL, donde se afilió para que la asesora, que era conocida, recibiera un premio, pero nunca le dijo las consecuencias, ni características de esa Administradora; que, en varias oportunidades le pidió a su amiga información acerca de su situación pensional en OLD MUTUAL, pero no le dio información, entonces llamó a esa AFP, pidió una cita con el gerente, él la atendió y le hizo una simulación del posible valor de su mesada pensional, fue ahí cuando se dio cuenta del problema que tenía; que, OLD MUTUAL, sólo le mandó extractos después de que ella habló con el gerente, porque con anterioridad no los había recibido, ya que, ni siquiera tenían los datos correctos de su correo electrónico; que, nadie le explicó la posibilidad que tenía de retornar al RPM, antes de estar a 10 años de edad para pensionarse.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PROTECCION S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., 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 ALEXA MARÍA AMADOR CHALJUB, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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, existió error de hecho cuando la demandada DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PROTECCION, 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 DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PROTECCION S.A., el 27 de noviembre de 1995, 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; sin que los posteriores cambios de Administradora, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y SKANDIA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

De otra parte, considera la Sala, que la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

En relación con la inconformidad de la apoderada de PROTECCION S.A., en cuanto a la orden de restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, basta indicar que ninguna razón les asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo 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 y CSJ SL4360-2019.” (Negrilla fuera de texto)

Además, tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte 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, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera 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 27 de abril de 2021, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ALEXA MARÍA AMADOR CHALJUB** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, **COLDONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y **OLD MUTAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

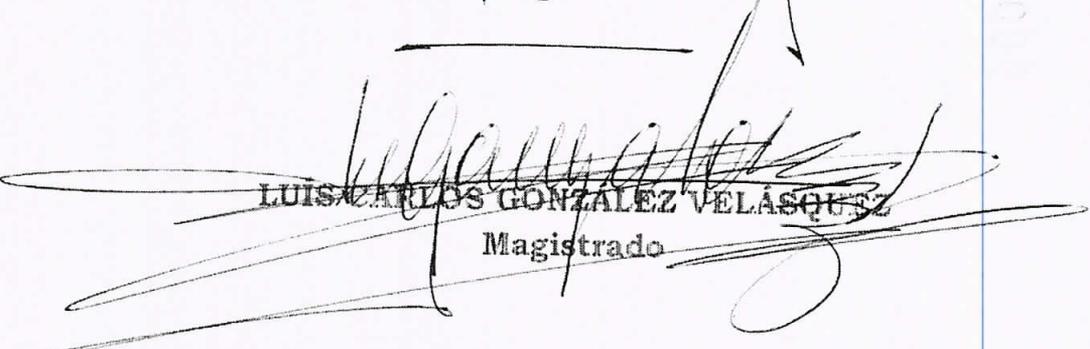
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y a favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVILAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

000004

22 JUN 10 PM 5:11

