



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105015201900601-01

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 el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 7 de abril de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **ESPERANZA INES CAMARGO MUJICA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA quien obra en nombre y representación de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 268vto-270). Y en la misma orientación se reconoce personería adjetiva para actuar como apoderada principal de PORVENIR S.A a la Dra. JENNIFER LORENA MLINA MESA quien obra en nombre y representación de la sociedad GODOY CORDOBA LITTLER y como apoderado sustituto al Dr. NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS, identificadas como aparece en los

poderes y el certificado de existencia y representación legal vistos de folios 275 a 280.

ANTECEDENTES

ESPERANZA CAMARGO MUJICA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, para que se declare la nulidad de la afiliación al sistema del RAIS realizada el 3 de junio de 1994, a la AFP PORVENIR S.A y posteriormente a PROTECCIÓN S.A por medio de la cual se trasladó del RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS, se declare la libertad de afiliarse al RPMPD al declararse la nulidad de la afiliación al sistema del RAIS hoy con la afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A; y como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliado cotizante, se condene a PORVENIR S.A como fondo actual a liberar de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art 1746 del C.C, esto es con los rendimientos que hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES, lo que resulte ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que nació el 4 de enero de 1967, se afilió al RPMPD por el ISS hoy COLPENSIONES, cotizó para los riesgos de I.V.M en el RPMPD hasta el 3 de junio de 1994; se trasladó a la AFP PORVENIR S.A seguido a ello se afilió a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS el 5 de septiembre de 2011 y finalmente cotizó en PROTECCIÓN S.A el 29 de mayo de 2012 hasta la fecha; los asesores comerciales de la AFP PORVENIR S.A le ofrecieron una serie de beneficios tales como pensionarse a temprana edad y que el monto de su pensión sería más alta; le informaron que el ISS iba a ser liquidado y que sus aportes estarían en riesgo; pero no le manifestaron el monto del capital requerido en las AFP para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado, ni le indicaron el monto requerido en las AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A para que pudieran heredar sus beneficiarios en retiro programado, tampoco le indicaron el plazo para retornar al RPMPD; ni le realizaron una proyección pensional al momento del traslado; la AFP OLD MUTUAL no le envió comunicación de que estaba a unos días de vencerse el plazo del rango para tomar la mejor decisión de pensionarse con el régimen que considere más conveniente; PROTECCIÓN S.A en documento le acredita un total de capital acumulado en su cuenta individual de \$236.223.293 en donde proyecta la simulación pensional a los 57 años por un valor de \$1.079.167; cotizando al RPMPD sería del 65% en renta vitalicia con una tasa de reemplazo del 90% del IBC tomando como referencia los últimos 10 años cotizados a diferencia de la AFP que

toma como referencia 35% del IBC; razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado a las demandadas siéndole negadas. (fls 1-27).

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, su afiliación a cada una de ellas, la simulación pensional realizada por la AFP PROTECCIÓN S.A y las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A: propuso las excepciones que denominó como declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A, inexistencia del perjuicio, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, 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, prescripción y la genérica. (fls 145-150 vto)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A: planteó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe. (fls 181-202)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fls 222-227)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de abril de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS el día 3 de junio del año 1994, y como consecuencia de lo anterior los traslados horizontales que efectuó dicha administradora en el RAIS, de esta forma ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A donde actualmente se encuentra afiliada que traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual a la administradora del RPMPD COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS dada la consecuencia

natural de esta ineficacia; no condenó en costas; y declaró no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal COLPENSIONES insistió en la improcedencia del traslado de régimen solicitado porque el traslado al RAIS y entre fondos se realizó de manera libre y voluntaria donde el respectivo asesor suministró la información clara y precisa, no observándose ningún vicio en el consentimiento, habiendo diligenciado el formulario correspondiente, no pudiendo imponerse cargas adicionales, además que se encuentra inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD. Por su parte PORVENIR S.A solicitó la revocatoria del fallo por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia no sólo porque el traslado se hizo de manera voluntaria como consta en el formulario sino porque el fondo cumplió con sus obligaciones, con lo que se materializó dicho acto, habiendo tenido múltiples oportunidades para devolverse, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración y primas.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del 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 beneficio del régimen de transición 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 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 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 a folio 203 la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 3 de junio de 1994 con efectividad a partir del 1º de julio del mismo año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 165, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el 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 inició su historia laboral en el 91 en ese momento se afilió al ISS; en el 94 en su lugar de trabajo llegó una asesora de PORVENIR S.A y le solicitó que la atendiera 10 minutos que tenía una información muy importante entonces la atendió, la asesora con certeza y seguridad le dijo que como el ISS seguramente lo iban a liquidar sus aportes estaban en riesgo por tanto su mesada pensional y en todo caso ellos como AFP si le podían dar una mesada pensional más alta y le ofreció una serie de ventajas y beneficios, le dijo que podía disfrutar de ellos sin ningún tipo de limitación, sin restricciones y condiciones por ejemplo que se podía pensionar de manera anticipada o que si no se quiere pensionar o por cualquier razón quería pedir sus aportes podía hacerlo, que sus herederos podrán disfrutar de su pensión sin limitaciones, restricciones, que estuviera muy tranquila porque todo eso lo podía disfrutar sin ningún tipo de problemas, en cuestión de 10 o 15 minutos hicieron la afiliación y

se quedó muy tranquila porque había garantizado su mesada pensional, luego en el año 99 se acercó el asesor de COLPATRIA me ratificó los mismos argumentos las mismas ventajas que le daba la asesora de PORVENIR S.A y le dijo que ellos mantenían lo mismo y que por ser COLPATRIA ellos le aseguraban que eran más organizados que PORVENIR S.A y por lo tanto pues tenían mayores ventajas de pasarse a COLPATRIA, posteriormente fue comprada por HORIZONTE entonces de manera automática la afiliaron, en el 2011 un asesor de OLD MUTUAL nuevamente la contacta exactamente con los mismos argumentos, las mismas ventajas y beneficios le dijo nuevamente que no se preocupara pues no tiene condiciones, ni limitaciones, ni ningún tipo de restricción ya que son un fondo muy viejo, y por ello su mesada pensional estará muy segura, entonces ante la reiteración de todo eso se afilió, lo que la motivó para trasladarse era que los asesores le decían exactamente lo mismo su mesada pensional es más alta que con cualquier otro fondo o con el RPMPD entonces si lo que buscaba era seguridad y una mesada pensional más alta no tendría ningún problema en el momento en que se quiera pensionar de manera anticipada, si es el caso, o retirar sus fondos, por lo que en ningún momento tuvo conocimiento que se podía ir a COLPENSIONES o que tenía un límite de tiempo para hacerlo entonces se quedó muy tranquila en el fondo y no fue sino hasta unos 4 años después que pensó que de pronto se podría pensionar anticipadamente y fue a una oficina de PROTECCIÓN S.A y allí un asesor le manifestó que qué hacía en este fondo y porqué no había retornado a COLPENSIONES, ya que su mesada pensional era mucho más alta en el RPMPD, le realizó una proyección y era de un millón de pesos lo cual fue un golpe durísimo porque tenía una proyección de vida basada en otro presupuesto distinto, entonces solicitó que le devolvieran sus aportes y la sorpresa fue mayor cuando le dijo que no porque no cumplía con las condiciones, teniendo la sensación de engaño y desilusión.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado por su antecesora 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 ESPERANZA CAMARGO MUJICA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen,

por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, 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 junio de 1994 con efectividad del 1 de julio del mismo año 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 fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de PORVENIR S.A, OLD MUTUAL S.A y PROTECCIÓN S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, 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.”*

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.

COSTAS

Sin costas en esta instancia. La absolución de la primera se confirma.

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

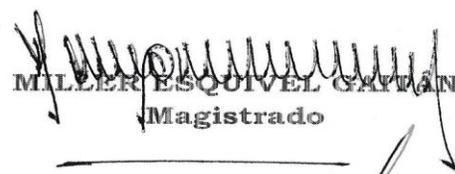
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de abril de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por ESPERANZA CAMARGO MURCIA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS PORVENIR S.A conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

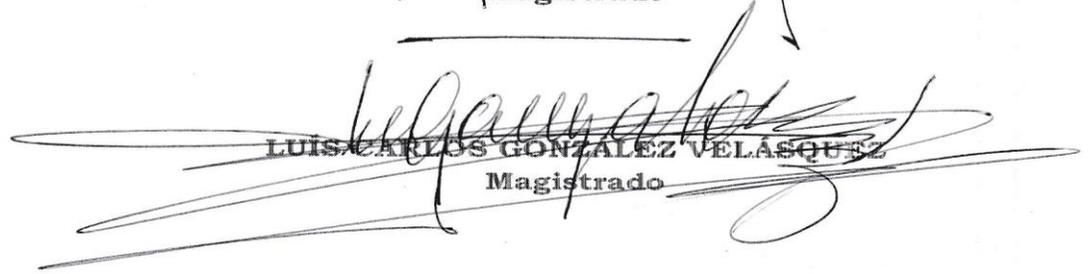
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se confirma la decisión absolutoria de primera instancia.

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. 110013105039201900330-01

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 Dres. 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 3 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ ELENA GOMEZ SOSA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. MARIA CLAUDIA TOBITO MONTENEGRO en los términos y para los efectos de los poderes conferidos que militan a folios 6 y 20-22.

ANTECEDENTES

LUZ ELENA GOMEZ SOSA, pretende que se declare nulo el traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A toda vez que estuvo viciado el consentimiento por error y al no cumplir con los requisitos de los artículos 13 y 114 de la ley 100/1993 y 3° del Decreto de 1161 de 1994, debiendo ser declarada válidamente

afiliada al RPMPD; como pretensiones subsidiarias solicita que se declare la ineficacia y/o invalidez del acto jurídico que generó el traslado de RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A toda vez que no cumplió con los requisitos de los art 13 y 114 de la ley 100 de 1993, art 2 de la ley 797 de 2003, art 3 del decreto 1161 de 1994 y art 1 del Decreto 3800 de 2003 por no documentar clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional ni mucho menos cumplir el término de permanencia que indicaba el art 13 de la ley 100 de 1993 y art 2 de la ley 797 de 2003, se declare válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES; y como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A a realizar el traslado de los aportes pensionales junto con los rendimientos a COLPENSIONES; se ordene a esta última entidad al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con base en el art 9 de la ley 797/2003 debidamente indexada a la fecha del pago, se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de los intereses moratorios más altos vigentes sobre las mesadas y pensiones atrasadas hasta el momento en que se verifique el pago conforme lo establece el art 141 de la ley 100/1993, lo que resulte ultra y extra petita, y al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 18 de mayo de 1962, se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES el 6 de junio de 1985, suscribió formulario de afiliación al RAIS administrado por PORVENIR S.A en abril de 1996, antes de suscribir el formulario de afiliación a la AFP no obtuvo ningún tipo de información o asesoramiento acerca de las generalidades del RAIS, ningún asesor le manifestó cuáles eran las modalidades de dicho régimen como el retiro programado o renta vitalicia, cuáles eran las prestaciones económicas que gozaban sus afiliados, requisitos para acceder a las pensiones, entre otros aspectos, su empleador para la época le notificó el formulario de afiliación para que lo firmara sin ningún tipo de información o asesoramiento por parte de PORVENIR S.A, en la proyección expedida por la AFP su mesada pensional sería de un salario mínimo legal mensual vigente, de manera particular le realizaron la proyección pensional en el RPMPD en donde equivale a \$3.087.462 siendo una diferencia de \$2.259.346, razón por la cual elevó solicitud de nulidad de traslado ante COLPENSIONES siéndole negada. (fls 2-15 Sub 44)

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 constarle, salvo los relacionados con la edad, su afiliación a cada una de ellas, la solicitud elevada ante COLPENSIONES con su respectiva respuesta.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

propuso las excepciones que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls 66- 84 sub 192-215)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (104-185 del índice digital)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de junio de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, ese Despacho resolvió: declarar que el traslado que hizo la demandante del RPMPD al RAIS con efectividad a partir del 1° de mayo de 1996 a través de PORVENIR S.A es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del RPMPD; condenó a PORVENIR S.A., a que transfiera a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y comisiones por administración, éstas debidamente indexadas, durante el tiempo que se encontraba afiliada hasta que se efectuó el traslado, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES; condenó a esta última entidad a que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia y que reactive la afiliación al RPMPD y sin solución de continuidad; condenó a COLPENSIONES a que una vez reactive la afiliación reconozca y pague la pensión de vejez bajo los postulados de la ley 100/93 modificada por la ley 797/03 a partir del 27 de agosto 2019 en cuantía inicial de \$2.912.220,18 por 13 mesadas con los reajustes anuales correspondientes; condenó a COLPENSIONES a pagar el retroactivo pensional que a la fecha del 31 de mayo de 2019 asciende a la suma de \$ 69.935.666.83 mcte, no hubo lugar al pago de los intereses moratorios; ordenó a COLPENSIONES que indexe cada una de las mesadas adeudadas desde el 27 de agosto de 2019 hasta que se efectúe el pago; declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada PORVENIR S.A y COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2'797.426,67, no se condenó a COLPENSIONES teniendo en cuenta que no tuvo intervención en el negocio jurídico que hoy se declara ineficaz; informó a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de PORVENIR S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación para que se revoque de manera integral la sentencia de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, teniendo en cuenta que el al fallador de primera instancia considera el deber de información como una obligación de ser probada por parte de PORVENIR S.A pues se le suministró una información, clara, suficiente sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional, por lo anterior no se valoró que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la solicitud de afiliación, documento público que no fue tachado por falso y que se plasmó que fue acompañado por un asesor comercial, el cual hacía constar que se realizaba de forma libre, espontánea y sin presiones en la escogencia del régimen, entre otras cosas, tal como lo exigía el art 114 de la ley 100/1993, es decir, no se trata de una declaración vacía contenida en un formato de afiliación sino un requerimiento legal expresamente señalado con la firma de la parte demandante él cual presume como una persona capaz para obligarse, asimismo es incuestionable que siempre se le garantizo el derecho de retracto pues así lo dispuso el art 3 del Decreto 1161 del año 94 específicamente en dos oportunidades en el formulario de afiliación en la leyenda escrita y en la publicación en prensa que dio aplicación a la prerrogativa establecida en la ley 797/2003, por lo que al declararse la ineficacia de los regímenes se desconoce el principio de la voluntad privada con que contaba la demandante, por último la devolución de los gastos de administración no procede pues en lo dispuesto en el inciso 2 de la ley 100 de 1993 se destina el 3% de la cotización para financiar la administración, la pensión de invalidez y sobrevivencia; dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por eso están sujetos al fenómeno prescriptivo, el efecto de la ineficacia conllevaría a que el acto jurídico no hubiese existido y no podría conllevar a una devolución de rendimientos financieros, por lo que existiría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ya que realizó su afiliación a la AFP PORVENIR S.A de manera libre, espontánea y voluntaria ejerciendo su derecho escrito en el art 13 de la ley 100/1993 y evidenciándose que no era beneficiaria del régimen de transición por lo que resulta improcedente acceder a su impedimento de retornar al RPMPD en cualquier tiempo, en consecuencia como quiera que su afiliación al RAIS es un acto jurídico sujeto de

prescripción y más aún cuando se encontraba inmersa en la prohibición de retornar, asimismo en el interrogatorio de parte ratificó que conocía plenamente las condiciones del RAIS no puede alegarse una falta de información ya que ella conocía las condiciones de su afiliación, de los rendimientos y cómo llegaría hacer la constitución de su derecho pensional, finalmente sobre el reconocimiento de pensión de vejez retroactivo e indexación resulta improcedente ya que no se desafilió del sistema el 27 de agosto de 2019 pues se encuentra válidamente afiliada a la AFP PORVENIR S.A y hasta este momento se realizaría la afiliación a COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en la confirmación de la sentencia de primera instancia en cuanto PORVENIR no cumplió con el deber de información sobre los efectos que acarrea el cambio de régimen pensional, sin que haya afectación a las finanzas del sistema, siendo procedente el reconocimiento pensional ordenado. A su vez, PORVENIR S.A solicitó la revocatoria porque no se probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del C.C., sin que se apliquen los artículos 271 de la ley 100 de 1993 ni 899 del C.Cio, teniendo completa validez el formulario de afiliación suscrito por la demandante, no siendo jurídicamente dable imponer cargas distintas como la devolución de los gastos de administración pues no corresponden a las pautas del artículo 1746 del C.C. Por último, COLPENSIONES también petitionó la revocatoria de la sentencia ante la improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen de la demandante ya que las características entre uno y otro régimen están previstas en la ley no habiendo lugar a la inversión de la carga de la prueba frente a la demostración de la información suministrada y en cuanto al reconocimiento pensional es claro que desconoce el principio de sostenibilidad financiera.

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 es presupuesto para declarar la nulidad ser beneficiario del régimen de transición **iii)** si tanto el formulario de afiliación como el interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iv)** si la demandante está

inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** Si PORVENIR S.A está obligada a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos los gastos de administración, y **vi)** si había lugar o no a disponer el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la actora a cargo de COLPENSIONES aun cuando es con esta providencia es que se ordena su traslado al RPMPD. 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° 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 del 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).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición 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 solicitar 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 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 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 140 del índice digital obra la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media a COLMENA hoy PORVENIR S.A diligenciado el 4 de marzo de 1996 con fecha de efectividad del 1° de mayo del mismo año, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folio 137, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que en el año 96 la empresa donde laboraba le entregó el formulario de afiliación y no tuvo ninguna asesoría, en ese momento le manifestaron que el ISS iba a quebrar, que no era un fondo seguro y que lo más seguro eran las AFP se lo dijo la secretaria de la empresa porque en ese momento no existía la oficina de recursos humanos, nunca le explicaron a que tenía derecho, en el momento de suscribir el formulario de afiliación solo estaban las dos, no conocía la modalidad de cómo pensionarse en el RPMPD, en el 2011 tuvo una asesoría donde le explicaron cómo iba hacer su pensión en PORVENIR S.A y que no podía retornar al RPMPD por su edad ya que tenía 49 años, por lo que sí o sí se tenía que pensionar con ese fondo privado, en el año 2014 le empezaron a llegar unos extractos pero no le explicaron que era eso, hasta el 2018 un asesor de PORVENIR S.A fue donde trabajaba por petición de su jefe para que le explicara cómo se iba a pensionarse, su inconformidad con el RAIS es que tiene entendido que se va a pensionar con un salario mínimo y le explicaron que si ella llegaba a durar muchos años y se le acaba la plata del ahorro que tenía, porque no sabía que era un ahorro, quedaba sin respaldo económico por parte del fondo de pensión mientras que en COLPENSIONES si puede tener su pensión hasta el último año que viva y cuando fue asesorarse con un abogado le explicaron cómo era la modalidad en el RPMPD y en el RAIS.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PORVENIR S.A estaba 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 LUZ ELENA GOMEZ SOSA 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, dando lugar, inclusive a la devolución 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 4 de marzo de 1996 con efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año 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.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura la imposibilidad de la 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 en la sentencia SU062/10, por no contar la afiliada con más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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 el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema 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 ibidem-.

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

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

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

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones,

puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

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

Como quiera que el A quo, con ocasión a la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, accedió al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora LUZ ELENA GOMEZ SOSA a cargo de COLPENSIONES, procede la sala a revisar si dicha orden se encuentra ajustada a derecho.

Al respecto habrá de revocarse la referida condena en la medida que si bien es cierto por virtud de la declaratoria de nulidad del traslado del régimen de prima media al RAIS, la entidad responsable de asumir los riesgos de IVM de la actora es COLPENSIONES, también lo es que el pago de la pensión de vejez que pueda corresponderle a éste no se puede disponer al interior de esta actuación, pues no cabe duda que dicho pago se encuentra condicionado al traslado efectivo de los dineros que debe realizar el fondo al que actualmente se encuentra afiliado PORVENIR S.A., toda vez que es con sujeción a tales recursos que COLPENSIONES puede proceder a actualizar la historia laboral del afiliado, adelantar los trámites correspondientes ante los eventuales responsables de concurrir a su financiamiento y, determinar el ordenamiento jurídico que regula la prestación y le resulta más favorable; amén que, disponer el reconocimiento y pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES sin contar aún con los referidos rubros, implicaría, eventualmente, una afectación a su patrimonio al tener que asumir la obligación dineraria de manera inmediata sin la posibilidad de solicitar, frente al lapso de tiempo que puede transcurrir entre el reconocimiento y el recaudo de los valores a trasladar, sumas y conceptos diferentes a las ordenadas en la sentencia.

COSTAS

Atendiendo el resultado de la alzada no se imponen costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Las de primera instancia se confirman.

Se confirma la sentencia objeto de alzada en todo lo demás.

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 los ordinales CUARTO, QUINTO y SEXTO de la sentencia proferida el día 3 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora LUZ ELENA GOMEZ SOSA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -, COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A; conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

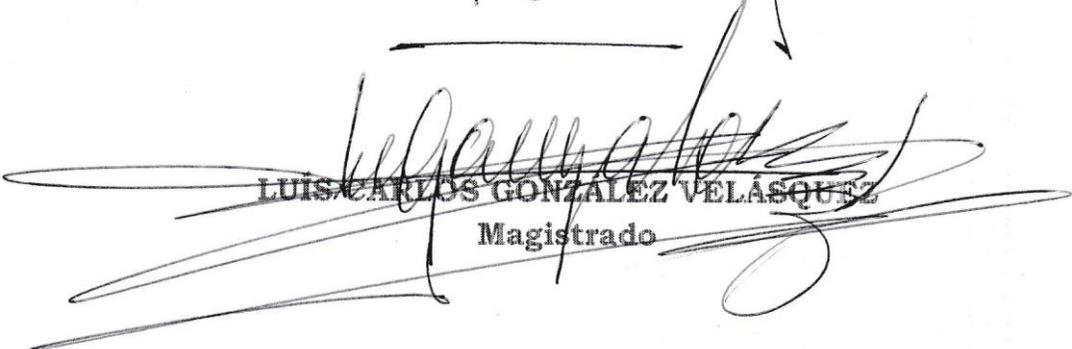
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

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. 110013105032202000389-01

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 las apoderadas de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 14 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora SANDRA ESPERANZA GODOY RUIZ en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, , LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al Dr. MIGUEL ANGEL RAMÍREZ GAITAN quien obra en nombre y representación de la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION y como apoderada sustituta a la Dra. DIANA JOHANNA BUITRAGO RUGE, identificados como aparece en los poderes a ellos conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 15-18)

ANTECEDENTES

SANDRA ESPERANZA GODOY RUIZ, pretende que se declare la ineficacia del traslado que realizó el 1° de abril de 1996 del RPMPD hoy administrado por COLPENSIONES a PORVENIR S.A por cuanto el mismo no estuvo precedido de la suficiente información e ilustración por parte de esa entidad por no haber suministrado información clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado dando aplicación a lo establecido por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en extensa jurisprudencia; se declare que para todos los efectos la única afiliación válida fue la efectuada el 19 de Junio de 1987 al RPMPD con el ISS –Hoy Colpensiones; y como consecuencia, se ordene anular los traslados entre administradoras del RAIS efectuados, se ordene a las codemandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A. realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado de Régimen efectuado el 1 de abril de 1996; se ordene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, se ordene a esta última entidad a recibir en esa administradora sin solución de continuidad y una vez reciba los aportes de parte de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, proceda a corregir y actualizar la historia laboral, costas y agencias en derecho; y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 17 de mayo de 1969, se afilió al RPMPD con el ISS hoy COLPENSIONES el 19 de junio de 1987 cotizando un total de 302 semanas, se trasladó del RPMPD al RAIS mediante afiliación a PORVENIR S.A. esa aparente decisión libre y voluntaria no estuvo precedida de la suficiente información e ilustración por no haber suministrado una información, clara, cierta y comprensible acerca de las características condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales así como de los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado, realizó un traslado entre las administradoras del RAIS de PORVENIR S.A. a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A y luego a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, cotizó al Sistema General de Pensiones un total de 1.079 semanas, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. informó que el valor de su mesada pensional para el año 2026 fecha en la que cumplirá los 57 años sería de 1 SMLMV en el RAIS, tiene un IBL del promedio de los últimos 10 años de cotización de \$4.192.345 suma que aplicándole una tasa de reemplazo del 62.61% arroja para esa anualidad una mesada pensional de \$2.624.827 en el RPMPD, razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado ante las demandadas. (fls 1-17)

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 su edad, su afiliación a cada una de ellas, el valor de su futura mesada pensional en el RAIS, las solicitudes elevadas ante COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y PROTECCIÓN S.A.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de Prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (según contestación allegada).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones que denominó como 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 declarará 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 y la genérica. (según contestación allegada)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica. (fls 96-110).

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios en el 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 PENSIONES Y CESANTÍAS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia el 14 de julio de 2021 el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado a través de PORVENIR S.A de fecha 14 de marzo de 1996, así como sus posteriores traslados entre administradoras del RAIS; condenó a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que hayan descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esas administradoras; condenó a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración; ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al RPMPD sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz; y condenó en costas a PORVENIR S.A y a favor de la demandante incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) SMLMV. Sin costas respecto de las demás codemandadas

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A: para que se revoque el fallo de primera instancia ya que en el momento que se afilió la demandante a la AFP PORVENIR S.A ésta le entregó la información clara, comprensible y completa a la luz de la ley 100 de 1993 omitiendo los deberes la afiliada de asesorarse, realizar inquietudes, preguntas respecto del formulario de afiliación que estaba suscribiendo, estar atenta y con la debida diligencia del deber para verificar cómo se estaba implementando su cuenta de ahorro y cómo estaba siendo administrada por parte de PORVENIR S.A, asimismo contaba con la posibilidad de retracto a los 3 días siguientes a la suscripción del formulario de afiliación, sin embargo no fue ejercida sino que la misma mantuvo su permanencia por más de 20 años, además que no obra una existencia de ineficacia en tanto que PORVENIR S.A si obró conforme a los criterios de ley aceptando la demandante respecto de su decisión, encontrándose en todo caso inmersa en la prohibición legal contenida en la ley 797 de 2003 literal e del art 2°, en cuanto a los gastos de administración no hacen parte del sistema pensional teniendo en cuenta el concepto emitido por la Superfinanciera radicado

20191522169003000 del 17 de enero de 2000, aplicándose la prescripción y evidenciándose un enriquecimiento ilícito a favor de la demandante.

PROTECCIÓN S.A: para que se revoque parcialmente en cuanto a la devolución con destino a COLPENSIONES de los dineros descontados por concepto de gastos de administración, pues al declarar la inexistencia del traslado no se puede pretender aplicar solamente en lo que respecta a facultar al afiliado para retornar al RPMPD sino también debería materializarse frente a esos efectos pues el vínculo no hubiese existido, no debió haber existido una administración de los recursos, por ende, no se debe devolver esos rendimientos financieros y asimismo se debería aplicar la prescripción para estos conceptos que no son parte de la pensión.

COLPENSIONES: para que se revoque toda vez que no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica en el entendiendo que COLPENSIONES es un tercero ajeno entre el negocio jurídico celebrado entre las AFP y el actor, y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo que no debe verse ni beneficiada ni perjudicada con tal decisión, asimismo se ve afectado el principio de sostenibilidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia por cuanto no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, encontrándose la demandante inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, debiéndose procurar la sostenibilidad financiera de sistema, a lo que se suma que no probó el supuesto de hecho que reclama conforme el artículo 167 del CGP. A su vez PORVENIR S.A también reclamó la revocatoria de la sentencia porque no se probaron los eventos previstos en los artículos 1741 del CC, 1508 del C.Cio y 271 de la ley 100 de 1993, habiéndose verificado la voluntad de la afiliada, quien por negligencia no se informó, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración. Por último, la parte actora insistió en la confirmación de la providencia apelada dando alcance a la jurisprudencia de la CSJ SL sobre el tema y en especial en la inversión de la carga de la prueba, no habiendo probado las demandadas haber brindado la información necesaria.

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 fue debidamente valorado determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **iii)** si la permanencia en el RAIS por más de 20 años sanea la nulidad del traslado de régimen, **iv)** si el traslado entre fondos sanea la nulidad del traslado de régimen, **v)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD; **vi)** Si PROTECCIÓN S.A están obligadas a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos los gastos de administración, y **vii)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. 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 del 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 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 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 55 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por PORVENIR S.A diligenciado el 14 de marzo de 1996 con fecha de efectividad del 1 de mayo del mismo año, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 54), prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

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 SANDRA ESPERANZA GODOY RUIZ 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 él 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 PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin

compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 14 de marzo de 1996 con efectividad el 1º de mayo de ese año 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 20 años no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura la imposibilidad de la 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 en la sentencia SU062/10, por no contar la afiliada con más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Sobre la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, sanee la nulidad de la afiliación inicial, 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.”*

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 ibidem-.

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 bien, 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.

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.

En esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes y en favor de la parte actora. 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 14 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por SANDRA ESPERANZA GODOY RUIZ contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

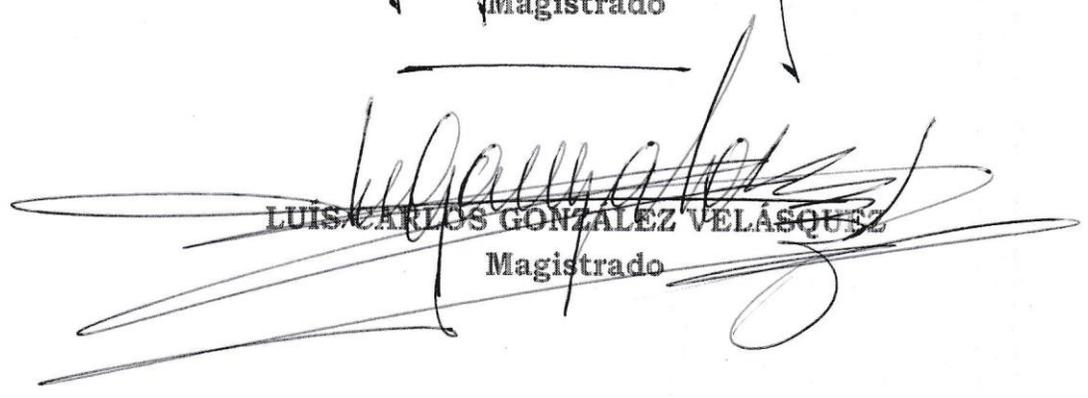
Los magistrados,



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. 110013105026201900797-01

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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 8 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **MARIA TERESA CARDONA MONTOYA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –, COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA quien obra en nombre y representación de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 11 vto-13)

ANTECEDENTES

MARIA TERESA CARDONA MONTOYA, pretende que se declare que las AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y PORVENIR S.A

incumplieron con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; que se declaren nulas e ineficaz las afiliaciones al RAIS por entenderse que la falta de información por parte de estas vicio el consentimiento; y que se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado en la actualidad por COLPENSIONES; en consecuencia, que se condene a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y PORVENIR S.A a registrar en sus sistemas de información que las afiliaciones en pensión son nulas e ineficaces; que se condene a esta última entidad a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; que se ordene a COLPENSIONES a activar la afiliación en pensión y a recibir la totalidad de los aportes a pensión incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, lo que resulte ultra y extra petita; y, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones narró, en síntesis, que nació el 19 de junio de 1964, inició sus aportes en el RPMPD a través de COLPENSIONES el 21 de junio de 1982, cotizó un total de 945.14 semanas al RPMPD, se trasladó de régimen pensional cuando tenía 32 años, se afilió a PORVENIR S.A el 14 de marzo de 2007, un asesor comercial de la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A le informó que recibiría una pensión de mayor valor a la que podría reconocerle el ISS y que esta entidad se encontraba en problemas financieros por lo que podría estar en riesgo el eventual reconocimiento de una pensión de vejez, en 2002 la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A le informó que se encontraba en una situación de multivinculación, el comité determinó válida su vinculación al ISS por lo que la AFP tuvo que trasladar un valor de \$42.682.437, resuelto el tema de la multivinculación el asesor de la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A le manifestó que podría firmar nuevamente el formulario de afiliación pues esta era la mejor opción para su futuro pensional, no le informó el monto para la pensión de vejez que podría recibir en ambos regímenes, no le realizó proyecciones de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, en cuanto a PORVENIR S.A no le informó la posibilidad de retornar al RPMPD, ni le hizo entrega de la proyección pensional, tampoco en qué condiciones podría obtener una pensión superior a la de un salario mínimo, entre otros aspectos, PORVENIR S.A informó que la mesada pensional estimada sería de \$1.589.200 a diferencia de COLPENSIONES que equivaldría a \$6.805.942, razón por la cual elevó solicitud ante las demandadas y la Superintendencia Financiera siéndole negadas. (fls 1-13)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma, en término, las demandadas dieron contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad, su afiliación a cada una de ellas, las semanas cotizadas, la multivinculación y las solicitudes elevadas ante las demandas con sus respectivas respuestas.

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la 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. (fls 138-153)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fls 180-208).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (292-320).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de marzo de 2021 el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS a partir de noviembre de 1996; condenó a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y, condenó en costas a la demandada COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, fijando como agencias en derecho la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación para que se revoque en su integridad, teniendo en cuenta que el formulario de afiliación suscrito por la demandante con ese Fondo es un documento público que se presume auténtico, adicionalmente contiene las declaraciones que el art 114 de la ley 100 de 1993 exige, esto es, que la elección del régimen fue libre, espontánea y sin presiones hecho que se ratificó en el interrogatorio, asimismo el documento no fue tachado, por lo que esa AFP cumplió con la carga probatoria impuesta, además la conducta de la demandante ratifica su intención de pertenecer al RAIS pues no sólo se trasladó a él sino que hizo traslados horizontales y siguió permitiendo el descuento de sus aportes, además, el art 113 literal b de la ley 100 de 1993 menciona cuales son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen (saldos de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos) impidiendo que legalmente se descuenta alguna otra suma diferente por lo que no se debe ordenar la devolución de rubros diferentes a los citados en este literal porque se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero, igualmente se debería aplicar la prescripción ya que estos conceptos no están destinados a financiar la pensión de vejez

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora peticionó la confirmación de la sentencia de primera instancia porque las demandadas no cumplieron con su carga probatoria de demostrar que habían suministrado la información necesaria al momento del traslado de régimen. Entre tanto, COLPENSIONES insistió en que no era procedente la declaratoria de la nulidad del contrato de afiliación ya que no hubo ningún vicio en el consentimiento, teniendo la demandante conocimiento de manera clara y detallada de la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen pensional, así como las consecuencias que le acarrearía la misma, recalcando que tal decisión afecta la sostenibilidad financiera. A su vez, PORVENIR solicitó la revocatoria de la sentencia porque no se probaron los eventos previstos en los artículos 1741 del CC, 1508 del C.Cio y 271 de la ley 100 de 1993, habiéndose verificado la voluntad de la afiliada, quien por negligencia no se informó, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración.

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 formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **iv)** si los traslados entre fondos sanean la nulidad del traslado de régimen, y **v)** Sí PORVENIR S.A está obligado a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos los gastos de administración y si estos prescribieron. 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 de la actora

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 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 del 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 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 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 folios 42 obra copia del formulario de afiliación a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A diligenciado el 18 de noviembre de 1996 y con fecha de efectividad 1º de enero de 1997, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 209). De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que participó en un proceso de selección en una empresa que acababa de empezar en el país -Celumóvil- estaban en un proceso de contratación masivo, ese día estaban citando mucha gente, eran casi 100

personas, y les pasaban toda la documentación que tenían que firmar para empezar a trabajar, uno de esos formularios era de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A habiendo un asesor quien brevemente se sentaba y decía que hay que firmar aquí ya están sus datos personales y no se preocupe que después terminamos de llenar con recursos humanos, se trasladó con posterioridad a HORIZONTE porque el asesor le informó que tenía un problema de multiafiliación que era algo grave, que era una AFP más sólida, con más afiliados, que le iban a ayudar a recuperar esas semanas por lo que decidió firmar el formulario de afiliación, le mencionó que el ISS estaba en crisis, que estaba en riesgos de perder las semanas, que el ISS era muy desorganizado pues mirara lo que le había pasado con la multiafiliación, precisando que su afiliación fue voluntaria pero se basó en información incorrecta porque no le señalaron las diferencias entre el ISS y las AFP.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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 MARIA TERESA CARDONA MONTOYA 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 él 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 COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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 RPMPD, 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 PENSIONES Y CESANTÍAS S.A diligenciado el 18 de noviembre de 1996, con fecha de efectividad del 1° de enero 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.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de HORIZONTE y PORVENIR S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, 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.”*

Cabe mencionar que 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.

Últimamente, en lo atinente 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 el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema 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 cubren 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 ibidem-.

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

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.

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada recurrente y en favor de la parte actora ante el resultado adverso de su recurso. 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 8 de marzo de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARIA TERESA CARDONA MONTOYA contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

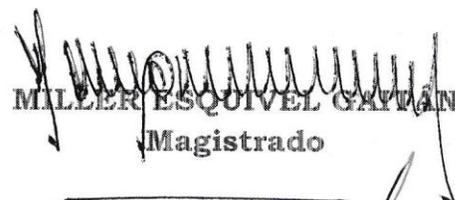
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. Fijese como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de \$1.000.000 Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

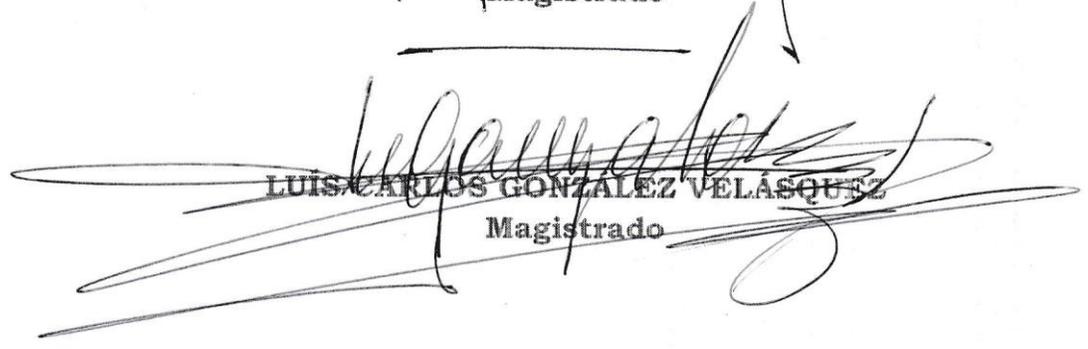
Los magistrados,



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. 110013105020201900755-01

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 el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 9 de febrero de 2021 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **FERNANDO FERRO VELA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de PROTECCIÓN S.A a la Dra. BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL en los términos y para los efectos de los poderes y el certificado de existencia y representación legal obrantes de folios 11-43.

ANTECEDENTES

FERNANDO FERRO VELA, pretende que se declare la nulidad de los traslados efectuados el 4 de agosto de 1994 con PROTECCIÓN S.A, el 4 de

octubre de 1999 con COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, y el 16 de julio de 2003 a la AFP PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones, en especial de la situación personal y concreta; y como consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tenerlo entre sus afiliados en el RPMPD como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, se ordene a COLPENSIONES a reconocer el régimen de transición del cual es beneficiario consagrado en el art 36 de la ley 100/1993 toda vez que contaba con más de 40 años al 1° de abril de 1994; costas y agencias en derecho, lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A el 4 de agosto de 1994; que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgan tanto en el RPMPD como en el RAIS en especial no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional; que se trasladó de manera horizontal a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y luego a SKANDIA S.A; que nació el 5 de marzo 1954; y que, elevó solicitudes de traslado ante COLPENSIONES siéndole negada. (fls 1-27).

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, su afiliación a cada una de ellas, la simulación pensional realizada por la AFP PROTECCIÓN S.A y las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas.

SOCIEDAD OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS: propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la generica. (fls 146-161)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la

nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls 199-232)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A: propuso las excepciones que denominó como cobro de lo no debido, prescripción, improcedencia del pago de intereses moratorios. (fls 145-252)

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS: no propuso excepciones. (fls 282-284)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de febrero de 2021, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS efectuado por el señor FERNANDO FERRO VELA el 4 de agosto de 1994 a la AFP PROTECCIÓN S.A., así como la ineficacia de las posteriores afiliaciones realizadas a la AFP COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS el 4 de octubre de 1999 y a AFP SKANDIA el 16 de julio de 2003; declaró como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES; ordenó a las AFP PROTECCIÓN S.A, AFP COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y AFP OLD MUTUAL hoy AFP SKANDIA, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; y condenó en costas a COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN, y AFP OLD MUTUAL hoy AFP SKANDIA, a favor del demandante, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a tres (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en la confirmación del fallo de primera instancia dado que las demandadas no probaron haber brindado información veraz, completa y oportuna sobre las características entre uno y otro régimen. Entre tanto protección solicitó la revocatoria de la sentencia reiterando la improcedencia de la devolución de los gastos de administración y de las primas de seguro previsional.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del 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 beneficio del régimen de transición 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 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 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 a folio 254 la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media administrado por el ISS a PROTECCIÓN S.A diligenciado el 4 de agosto de 1994 con efectividad a partir del 1° de septiembre del mismo año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 256, deja en evidencia el error cometido por ese Fondo al no haber consignado en dicho formulario todos los datos necesarios para suministrar la información adecuada al actor, pues no marcó que era un traslado de régimen pensional sino que era una vinculación inicial.

El formulario es un documento de PROTECCIÓN S.A. con el título "SOLICITUD DE VINCULACION" y el número "Nº 64997". Incluye un sello de "GRABADO" con la fecha "10 SEPT 1994" y un sello de "RECIBIDO" con la fecha "23 ABO 1994" y el número "1422". El formulario contiene los siguientes datos:

VINCULACION INICIAL		AFP ANTERIOR	
TRASLADO AFP	<input checked="" type="checkbox"/>		
TRASLADO DE REGIMEN	<input type="checkbox"/>	ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR	

INFORMACION DEL TRABAJADOR						
NUMERO DOCUMENTO DE IDENTIDAD	TI	CC	CE	FECHA DE NACIMIENTO	NACIONALIDAD	SEXO
3 227 402		X		05 03 54	Colombiana	X
PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO		NOMBRES			
Ferro	Vela		Fernando			

Omisión en la veracidad de la información que así visto permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación del demandante, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen. Prueba que así vista en principio es concreta en el sentido de que no era una vinculación inicial sino un traslado de régimen.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba PROTECCIÓN S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado por su antecesora era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor FERNANDO FERRO VELA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que

cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PROTECCIÓN 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 RPMPD, 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 el 4 de agosto de 1994 con efectividad del 1 de septiembre del mismo año 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 fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y OLD MUTUAL S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, 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.”

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.

COSTAS

Sin costas en esta instancia. 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 9 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por FERNANDO FERRO VELA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

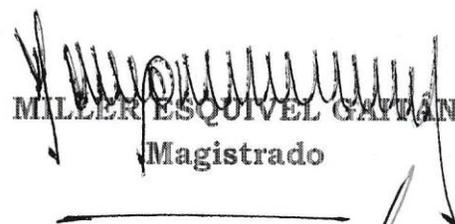
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

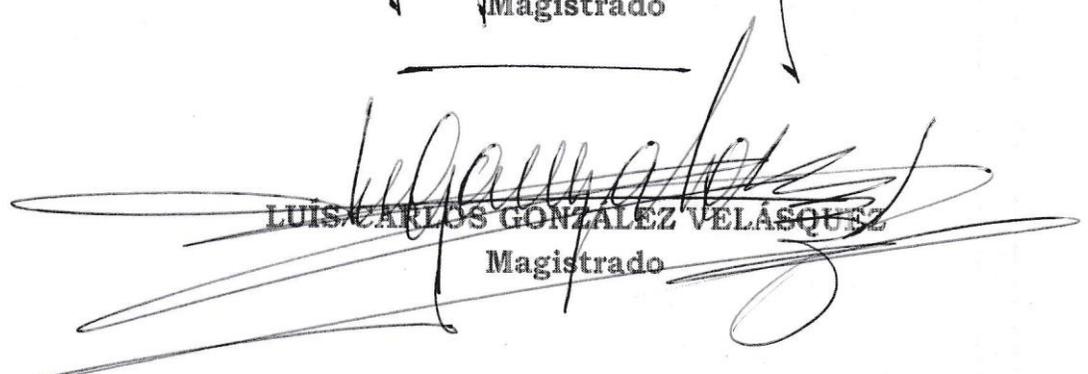
Los magistrados,



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. 110013105004202000014-01

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 Dres. 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 2 de agosto de 2021 por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA CONSUELO HERRERA RODRIGUEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al Dr. MIGUEL ANGEL RAMÍREZ GAITAN quien obra en nombre y representación de la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION y como apoderada sustituta a la Dra. LUISA FERNANDA MARTINEZ LÓPEZ, identificados como aparece en los poderes a ellos conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 299-303)

ANTECEDENTES

MARIA CONSUELO HERRERA RODRIGUEZ, pretende que se declare: la ineficacia de la afiliación existente entre PORVENIR S.A en virtud del

incumplimiento con el deber de información en que incurrió la entidad, teniendo en cuenta que tanto en la etapa precontractual, 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 específicamente el hecho de no haberle informado que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en COLPENSIONES; que la AFP PORVENIR S.A incurrió en omisión y/o incumplimiento con el deber de información, que tienen las entidades financieras con relación a la comunicación al afiliado de todos los beneficios y desventajas que se tienen en el RAIS; que es ineficaz el traslado de la AFP y/o traslado de régimen pensional realizado y promovido por PORVENIR S.A efectuado del RPMPD al RAIS en virtud del incumplimiento con el deber de información; que está válidamente afiliada a COLPENSIONES y que nunca dejó de pertenecer al RPMPD; que en el momento en que cumpla con los requisitos establecidos en la ley tiene derecho al reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en la ley a cargo de COLPENSIONES y conforme a los salarios o IBC, sobre los cuales efectuó aportes al ISS y al RAIS; y como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A al traslado de las sumas y/o aportes cotizados, así como a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrarla como su afiliada, asimismo a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez establecida para el RPMPD en el art 33 de la ley 100 de 1993 modificada por el art 9 de la ley 797 de 2003 a partir del momento en que cumpla con los requisitos legales para la misma; costas y agencias en derecho; lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 24 de marzo de 1966, cotizó sus aportes pensionales al ISS desde el 26 de julio de 1988 hasta el 31 de enero del mismo año alcanzando un total de 319 semanas cotizadas, suscribió formulario de afiliación efectuando el cambio de régimen pensional del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A; los asesores de esta última entidad le manifestaron que adquiriría su pensión de jubilación con un monto mayor al que tendría en el ISS y una edad más temprana, no le ofrecieron elementos de juicio ni información veraz, acorde con la situación previa a la afiliación ni tampoco le suministró los datos legales suficientes para que de una forma consciente decidiera cuál era el régimen pensional que más le convenía, y no elaboró una proyección pensional, entre otros aspectos, el 12 de abril de 2019 al tener una expectativa se acercó a PORVENIR S.A para obtener una proyección de su mesada pensional del cual en su momento era beneficiaria, le informaron que sería de \$1.027.200, sus ingresos actuales son de \$3.298.267 superando la cifra proyectada por lo que su calidad de vida se vería afectada, razón por la cual elevó ante las demandadas solicitudes de cambio de régimen pensional siéndoles negadas. (Fls 1-6 vto sub 38)

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 y la solicitud elevada ante COLPENSIONES con su respectiva respuesta.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación compensación y la genérica (fls 55-50).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el art 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica. (fls 175-192)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de agosto de 2021, el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional a la AFP PORVENIR S.A y en consecuencia declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo tanto siempre permaneció en el RPMPD; condenó a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexadas por el periodo en que permaneció afiliada a esa administradora; ordenó a COLPENSIONES que una vez se efectúe el anterior trámite acepte sin dilación alguna el traslado al RPMPD junto con sus correspondientes aportes; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y, condenó en costas a la demandada PORVENIR S.A, fijando como agencias en derecho la suma de un SMLMV.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de PORVENIR S.A y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en el entendido que según el interrogatorio de parte de la demandante se establece que no existió un error de hecho sino de derecho el cual, en el transcurso del tiempo fue subsanado no solamente por la voluntad que se plasmó al momento de suscribir el formulario de afiliación, sino que se ratificó con su permanencia en el RAIS debido al tiempo que estuvo vinculada a este régimen, asimismo se encuentra inmersa en la prohibición legal enmarcada en el art 2° de la ley 797/2003 afectando de esta manera la sostenibilidad financiera del sistema en el sentido que la cotización de uno y otro régimen varía y, al trasladar los rendimientos financieros a COLPENSIONES el reconocimiento pensional no sería el mismo afectando los intereses de COLPENSIONES.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, teniendo en cuenta que en el momento del traslado lo único que se exigía era el formulario de afiliación debidamente diligenciado y la AFP no tenía la obligación de documentar la información suministrada al afiliado, siendo que el formulario aquí aportado es auténtico, válido y cumplía con todos los requisitos exigidos; por último, la ley establece que las AFP realicen un descuento de gastos de administración por lo que no es viable la devolución de este ya que es debido a la buena administración que se ha ejercido durante la permanencia de la demandante en el RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR solicitó la revocatoria de la sentencia porque no se probaron los eventos previstos en los artículos 1741 del CC, 1508 del C.Cio y 271 de la ley 100 de 1993, habiéndose verificado la voluntad de la afiliada, quien por negligencia no se informó, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración. A su vez, COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia por cuanto la demandante no demostró con suficiencia que la afiliación al RAIS adoleciera de algún tipo de vicio en el consentimiento pues no hubo una amenaza o una presión palpables.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba; **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si se saneó la nulidad por la permanencia de la demandante en el RAIS; **iiii)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD; **v)** si PORVENIR S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación, y **vi)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. 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 de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 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 del 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 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 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 145 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a PORVENIR S.A diligenciado el 13 de enero de 1998 con fecha de efectividad del 1 de marzo del mismo año, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 158), prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó frente a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se trasladó a PORVENIR S.A que, se encontraba en una compañía y de repente llegaron los asesores de PORVENIR S.A con todos los formularios para firmar el traslado, le informaron que ya el ISS se había acabado y que se pasaba ahora a PORVENIR S.A, a partir de ese momento tenía que continuar cotizando para que la pensión al final de su vida laboral fuera entregada por PORVENIR S.A, eso fue todo, no recibió ninguna asesoría

solamente firmó los documentos porque le dijeron eso, y como se acabó el ISS su dinero pasaba a PORVENIR S.A, sin que le informaran que había cambiado de nombre, no se acercó ni a COLPENSIONES ni a PORVENIR S.A a recibir una asesoría, siendo que lo que desea es que su pensión sea mejor ya que nunca recibió la información adecuada.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PORVENIR S.A estaba 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 MARIA CONSUELO HERRERA RODRÍGUEZ 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. Máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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 él 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 13 de enero de 1998 con fecha de efectividad del 1 de marzo del mismo año, 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.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura la imposibilidad de la 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 en la sentencia SU062/10, por no contar la afiliada con más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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 ibidem-.

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 bien, 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.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. 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

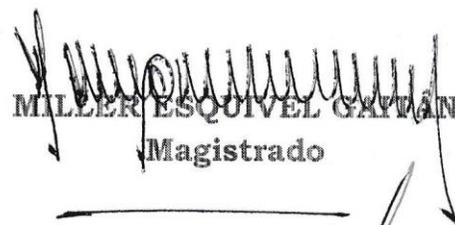
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 2 de agosto de 2021 por el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARIA CONSUELO HERRERA RODRÍGUEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

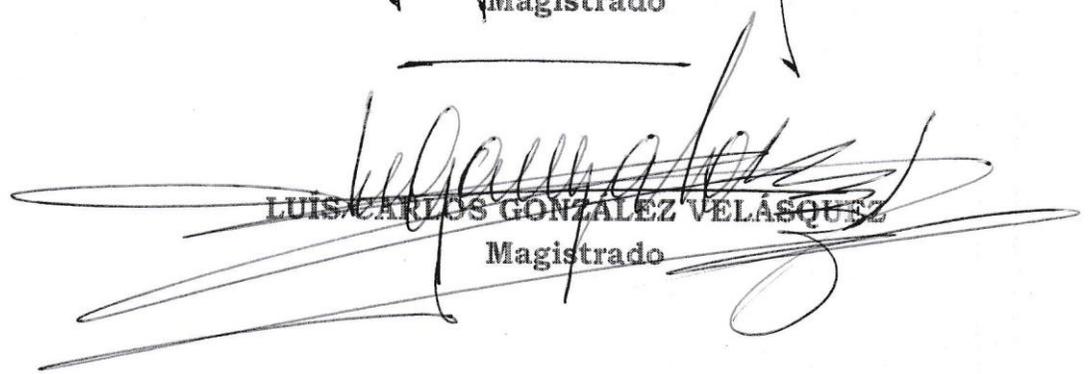
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A, Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL 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. 110013105015201900810-01

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 el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 11 de mayo de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **LYDA GOMEZ ARIAS** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA quien obra en nombre y representación de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 202 vto-204)

ANTECEDENTES

LYDA GOMEZ ARIAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y

PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que se declare ineficaz la afiliación y/o traslado del RPMPD al RAIS realizado el 24 de junio de 2002 aprobado y con vigencia a partir del 1 de agosto del mismo año a la AFP PROTECCIÓN S.A por cuanto el fondo omitió el deber de información que tenía como sociedad de servicios financieros y de la seguridad social al no suministrar una información completa, comprensible, cierta, suficiente y oportuna, que implicaba darle a conocer las diferentes alternativas, condiciones, diferencias, beneficios, inconvenientes, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional; que se declare que no ha efectuado ningún traslado valido al RAIS por cuanto el fondo omitió el deber de información que tenía como sociedad de servicios financieros y de la seguridad social, al no suministrar una información completa, comprensible, cierta, suficiente y oportuna, que implicaba darle a conocer las diferentes alternativas, condiciones, diferencias, beneficios, inconvenientes, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional; asimismo se declare legal y válidamente que ha permanecido vinculada sin solución de continuidad al RPMPD en calidad de afiliada al ISS desde el 12 de julio de 1994; y como consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A a inactivarla en su sistema de afiliación y a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y demás valores existentes en la cuenta de ahorro individual; se ordene a COLPENSIONES a que registre y reactive la afiliación en el RPMPD que administra y que actualice la historia laboral con las cotizaciones efectuadas en el RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A; lo que resulte ultra y extra petita; las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que nació el 19 de julio de 1967, se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 12 de julio de 1994 hasta el 31 de julio de 2002 cotizando un total de 364.86 semanas, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A a partir del 1 de agosto de 2002, asistieron a su lugar de trabajo para la época los asesores comerciales de diferentes AFP a dictar charlas sobre el tema de la afiliación y/o traslado de los trabajadores afiliados al ISS exponiendo beneficios, ventajas y mejores condiciones al trasladarse de régimen pensional, la asesora comercial de la AFP SANTANDER logró convencerla para que se trasladara el día 24 de junio de 2002 en atención a que en salud y cesantías estaba afiliada a Colmena perteneciente al mismo grupo empresarial de SANTANDER, asimismo tenía beneficios como pensionarse a cualquier edad, con un ahorro de capital que le aseguraría una pensión mejor a la que le reconociera el ISS ya que se encontraba debilitado en crisis y con tendencia a desaparecer lo que ponía en riesgo su pensión, omitiendo el deber de informar las desventajas o riesgos que implican su traslado de régimen, asimismo no le realizaron una proyección comparativa entre ambos regímenes para que tuviera la oportunidad de escoger el de mayor conveniencia, para la fecha del traslado había cotizado 364.86 semanas en el RPMPD, está haciendo aportes al RAIS desde agosto de 2002 hasta la fecha acreditando 1.211 semanas cotizadas, el 6 de junio de 2019 en respuesta a la solicitud de proyección de la expectativa

pensional evidencia que la mesada pensional en el RAIS sería de \$1.351.282 y en el RPMPD de \$4.438.371 arrojando una diferencia de \$3.087.000, razón por la cual elevó solicitudes ante las demandadas agotando la reclamación administrativa. (fls 2-21 Sub 79-80).

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, su afiliación a cada una de ellas, las semanas cotizadas, las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A: propuso las excepciones que denominó como 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 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 y la genérica (fls 94-105)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica. (fls 148-164)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de mayo de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: declarar ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS el día 24 de junio del año 2002 a través de la administradora SANTANDER hoy representada por PROTECCIÓN S.A, y como consecuencia de lo anterior, ordenó a dicha administradora trasladar los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora LYDA GOMEZ ARIAS al RPMPD - COLPENSIONES y a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera

trasladado al RAIS dada la consecuencia natural de esta ineficacia; no condenó en costas

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la parte actora solicitó la confirmación íntegra de la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que la AFP PROTECCIÓN no cumplió con su obligación de información oportuna y clara a la demandante al momento de su traslado de régimen. Entre tanto COLPENSIONES insistió en que no era procedente la declaratoria de la nulidad del contrato de afiliación ya que no hubo ningún vicio en el consentimiento, teniendo la demandante conocimiento de manera clara y detallada de la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen pensional, así como las consecuencias que le acarrearía la misma, recalcando que tal decisión afecta la sostenibilidad financiera. Por último, la demandante petitionó la confirmación de la sentencia dado que las demandadas no cumplieron con su carga probatoria de demostrar que habían suministrado la información necesaria al momento del traslado de régimen.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del 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 beneficio del régimen de transición 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 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 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 a folio 27 la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media administrado por el ISS a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A diligenciado el 24 de junio de 2002 con efectividad a partir del 1° de agosto de ese mismo año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 133, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el 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 ella laboraba para la industria nacional de gaseosas, en el mes de mayo de 2002 se iniciaron una serie de reuniones grupales que duraban entre 20 a 25 minutos con diferentes AFP que llegaban a través de recursos humanos, le correspondió uno de los grupos operativos en donde una de las asesoras del fondo en ese entonces

SANTANDER les llevó información acerca de las bondades que iban a tener si realizaban el traslado, les mencionaron que el ISS estaba en crisis y que se iba acabar entonces les convenía trasladarse porque tenían opción de pensionarse anticipadamente con cualquier edad, tenían mayor estabilidad y la pensión sería mayor a la que podría dar el ISS, entregó sus datos y al final de la reunión le dieron el formulario, lo firmó y aceptó el traslado confiando en la asesoría que recibió, en el año 2019 se acercó al fondo de pensiones para establecer cómo estaba su historia laboral y cómo eran las condiciones de pensión, aunque todavía le faltaba mucho tiempo para pensionarse, pero quería informarse y le realizaron una proyección donde le comunican que se pensionaría con un mínimo, razón por la cual consultó a un abogado dónde al solicitar la proyección pensional evidenció que la diferencia de la mesada pensional entre uno y otro régimen era abismal, y no corrobora la información dada por la asesora.

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN 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 RPMPD, 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 el 24 de junio de 2002 con efectividad del 1 de agosto de 2002 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 fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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.

COSTAS

Sin costas en esta instancia. La absolución de la primera se confirma.

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 11 de mayo de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por LYDA GOMEZ ARIAS en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

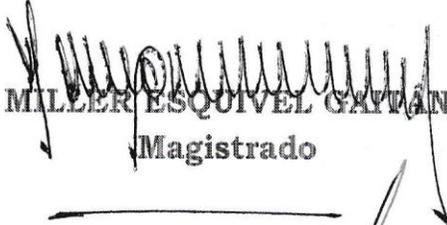
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se confirma la decisión absolutoria de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

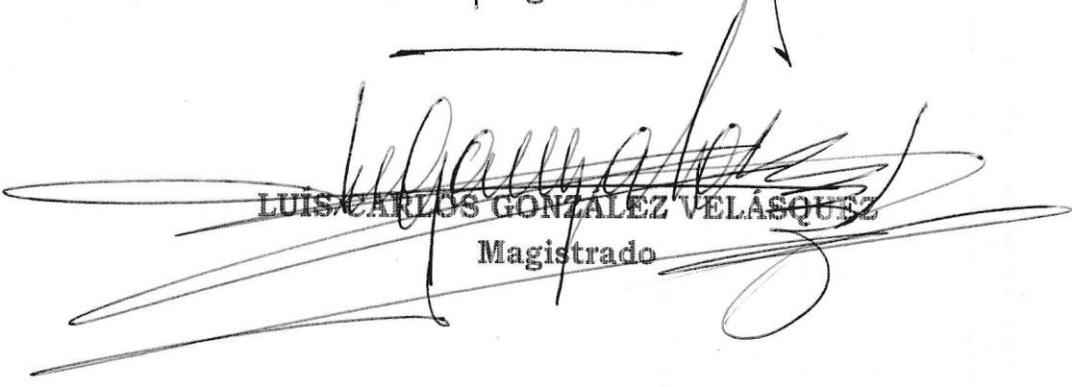
Los magistrados,



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. 110013105028201900612-01

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 COLPENSIONES, PORVENIR S.A y OLD MUTUAL en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 26 de mayo de 2021, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **OLGA LUCIA GARCIA GONZALEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS; LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA quien obra en nombre y representación de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 224-226)

ANTECEDENTES

OLGA LUCIA GARCIA GONZALEZ, pretende que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada con la AFP PORVENIR S.A en el mes de febrero de 1996 por deficiencia en el cumplimiento al deber de información para que se trasladara al RAIS; y como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a aceptar su regreso al RPMPD sin solución de continuidad, se ordene a las AFP que giren con destino a COLPENSIONES todos los valores que correspondan a las cotizaciones efectuadas en dichos fondos, costas y agencias en derecho; lo que resulte ultra y extra petita. Como pretensiones subsidiarias solicitó que se declaren las nulidades de las afiliaciones efectuadas con PORVENIR S.A en el mes de febrero de 1996, con COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS en el mes de noviembre de 2004 y con PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A en el mes noviembre de 2013 por falta o deficiencia en el cumplimiento al deber de información para que se trasladara al RAIS; y como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a aceptar el regreso al RPMPD sin solución de continuidad y se ordene a las AFP que giren con destino a COLPENSIONES todos los valores que correspondan a las cotizaciones efectuadas en dichos fondos.

Como fundamento de sus pretensiones, narró, en síntesis, que nació el día 2 de junio de 1963, es cotizante activa del sistema pensional en la AFP OLD MUTUAL y a noviembre de 2018 registraba 1.147.43 semanas de cotización, se afilió al ISS el día 11 de noviembre de 1994, se afilió a PORVENIR S.A en el mes de febrero de 1996, se afilió a COLFONDOS S.A en el mes de noviembre de 2004, actualmente se encuentra afiliada a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A desde el 28 de noviembre de 2013, los asesores comerciales al momento del traslado de régimen no le brindaron información, clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD como en el RAIS en especial no se le hizo un estudio de su situación particular sino que se le ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiar de régimen pensional, al momento de firmar el formulario de traslado no le explicaron las implicaciones del documento que firmaba, ha elevado solicitudes de nulidad de traslado a las demandadas siéndoles negadas; se desempeñó como empleada pública al servicio de la Procuraduría General de la Nación y de la Rama Judicial a la que actualmente se encuentra vinculada. (fls 2-14)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma, en término, las demandadas dieron contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad, sus afiliaciones al ISS y a OLD MUTUAL

PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, sobre el deber de información que le deben dar las AFP al afiliado, las solicitudes elevadas a COLPENSIONES y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A con sus respectivas respuestas.

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, se allanó (fls 114).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones que denominó como SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, la demandante se encuentra inhabilitada, para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso en el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siguiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la generica. (fls 122-131 vto)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fls 128-165).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de hecho de la víctima/ afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica (fls 180-186 vto).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de mayo de 2021 el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS con fecha del 26 de febrero de 1996 por intermedio de la administradora PORVENIR S.A y en consecuencia declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES, condenó a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 a COLPENSIONES, condenó a esta última entidad a activar la afiliación de la demandante al RPMPD y a actualizar su historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, condenó en costas a las demandadas SKANDIA, PORVENIR S.A y COLPENSIONES fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de PORVENIR S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, para que se revoque el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, en donde se condenó en costas teniendo en cuenta que no se valoró el consentimiento informado para la libre escogencia de la actora que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación; documento público en el cual hace constar que se realizaba de forma libre, voluntaria y sin presiones, asimismo dicha entidad ha actuado de buena fe y se ha desempeñado conforme con las facultades proferidas en la ley 100/1993.

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A; solicita que se revoque el ordinal segundo de la sentencia proferida en primera instancia, ya que cumplió con los deberes tanto de asesoría como posterior acompañamiento, y en cuanto a los gastos de administración porque no son un emolumento caprichoso que realiza, sino que se trata de una disposición legal y en aras de darle cumplimiento a los cobros, cabe mencionar que el art 20 de la ley 100 de 1993 le permite a las AFP descontar un porcentaje de la cotización realizada por el trabajador para así poder generar los rendimientos y el pago del seguro previsional, siendo que trasladar dichos gastos a COLPENSIONES constituye un enriquecimiento sin justa causa por parte del administrador.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que se revoque pues existe un perfeccionamiento del acto inexistente, además que hubo una densidad considerable de años en los que no se notan las alegadas falencias de engaño, falta de información y como no hay certeza de que el afiliado recibió en el momento de su traslado toda la información requerida existen otros mecanismos que permiten colegir que la persona tenía vocación de permanencia en el régimen con plena convicción su elección, finalmente no existe una afectación de carácter económico a la parte actora toda vez que en sentencias se autoriza la acción de reparación integral buscando la indemnización total de perjuicios a cargo de las AFP.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte PORVENIR solicitó la revocatoria de la sentencia porque no se probaron los eventos previstos en los

artículos 1741 del CC, 1508 del C.Cio y 271 de la ley 100 de 1993, habiéndose verificado la voluntad de la afiliada, quien por negligencia no se informó, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración. Por su parte COLPENSIONES insistió en que no era procedente la declaratoria de la nulidad del contrato de afiliación ya que no hubo ningún vicio en el consentimiento, teniendo la demandante conocimiento de manera clara y detallada de la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen pensional, así como las consecuencias que le acarrearía la misma, recalcando que tal decisión afecta la sostenibilidad financiera. Por último, la demandante petitionó la confirmación de la sentencia dado que las demandadas no cumplieron con su carga probatoria de demostrar que habían suministrado la información necesaria al momento del traslado de régimen.

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 formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, y **iii)** si las demandadas están obligadas a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación. 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 de la actora

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 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 del 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 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 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 167 obra copia del formulario de afiliación al ISS diligenciado el 26 de febrero de 1996 y con fecha de efectividad 1º de abril del mismo año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 166).

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al 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 OLGA LUCIA GARCIA GONZALEZ 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 él 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 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 RPMPD, 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 diligenciado el 26 de febrero de 1996, con fecha de efectividad del 1º de abril de ese año 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.

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 ibidem-.

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 bien, 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.

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 65 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)

Así las cosas, 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 condena, en especial el relacionado con la buena o mala fe.

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.¹

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.”

Por lo expresado, toda vez que el A quo condenó en costas a la parte demandada, es por lo que se confirma tal determinación.

Las de esta instancia a cargo de las recurrentes atendiendo el resultado desfavorable de sus recursos.

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,

¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

RESUELVE

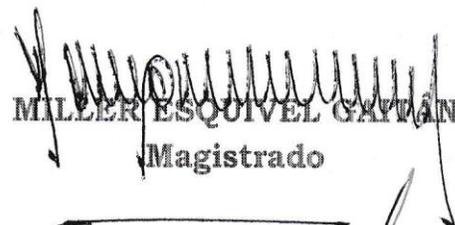
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 26 de mayo de 2021 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por OLGA LUCIA GARCIA GONZALEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS; LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE 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 COLPENSIONES, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE 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. 110013105009201900688-01

En Bogotá D.C., hoy treinta 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 Dres. 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 interpuestos por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 29 de abril de 2021 por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JULIO ERNESTO RODRÍGUEZ MAYORGA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES al Dr. MIGUEL ANGEL RAMÍREZ GAITAN quien obra en nombre y representación de la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION y como apoderada sustituta a la Dra. MARIA ALEJANDRA CIFUENTES VARGAS, identificados como aparece en los poderes a ellos conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 465-469 y 474)

ANTECEDENTES

JULIO ERNESTO RODRÍGUEZ MAYORGA, pretende que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al RAIS ante la omisión de la AFP COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS del deber profesional de información; y como consecuencia, se ordene el traslado y

afiliación a COLPENSIONES como si nunca se hubiere ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad, se ordene a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el art 1746 del C.C (sentencia SU-062 de 2010), gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del art 963 del C.C; se condene a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte de la AFP al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta litis, a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados por el fondo, todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por este, con el propósito de que no quede desprotegido de su derecho pensional; costas y agencias en derecho; costas por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas, incidentes o nulidades propuestas según lo estipulado en el art 365 C.G.P y por los Acuerdos por el Consejo Superior de la Judicatura; y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que se afilió al sistema de seguridad social a partir del 18 de octubre de 1984; como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por las AFP se trasladó del RPMPD al RAIS realizando aportes a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a partir del 5 de abril de 2001; por medio del promotor de dicha entidad al momento de la afiliación y traslado solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen; no le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión entre ambos regímenes, no le informó sobre qué edad debía cotizar en el RAIS y con qué salarios para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el ISS, ni sobre el capital ahorrado que se exige para tener una pensión de salario mínimo en el RAIS, tampoco sobre el derecho de retracto, entre otros aspectos; las AFP con el objeto de que las personas se afiliaran al RAIS publicitaron que podían pensionarse a más temprana edad que en el ISS, que la mesada pensional sería más alta en los fondos privados, que el capital ahorrado iba a tener un rendimiento financiero por lo que su pensión sería superior y que el ISS iba a desaparecer; razón por la cual ha elevado solicitudes de anulación de traslado a las demandadas siéndole negadas; y que de haber seguido cotizando en el RPMPD el monto de la pensión sería de \$2.228.549 mientras que en el RAIS sería de \$828.117

generándose una diferencia de \$1.400.432; actualmente se encuentra cotizando a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS. (Fls 188-222)

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 afiliación a cada una de ellas y las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas.

COLPENSIONES propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en la actuaciones de COLPENSIONES, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el art 48 constitucional adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la genérica (fls 242-251)

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS no propuso excepciones (fls 261-263).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de abril de 2021, el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado que realizó el demandante entre el RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS el 5 de abril de 2021; condenó a esta última entidad a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual del demandante y que llegaron a esos fondos en los periodos en que estuvo afiliado sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones; condenó a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral las correspondientes semanas para considerarlas a efectos de definir la situación pensional de aquella; declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES; y precisó que las costas serán a cargo de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, fijando como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia, pues si bien es cierto que el precedente de la Corte Suprema de Justicia ha de ser seguido por los jueces de instancia también es obligación de los mismos analizar los supuestos fácticos de cada caso en concreto, no presentándose en este caso los presupuestos para aplicar esta línea jurisprudencial porque el demandante de forma libre y voluntaria se trasladó del RPMPD al RAIS siendo esa su elección debiéndose garantizar el derecho de libertad de escogencia del régimen, decisión que sin duda ha mantenido por más de 20 años sin inconformidad ninguna con las demandadas y tampoco ejerció su derecho de traslado; además firmó el formulario el cual no carece de ningún requisito de existencia o validez, era mayor de edad, legalmente capaz, consintió el acto y no estuvo viciado por error, fuerza o dolo, siendo el objeto y las causas lícitas, por lo que para que la nulidad sea declarada es deber del afiliado demostrar las causales que dieron origen a dicha nulidad situación que no acontece en este acto, y por último, no se acercó a una oficina a preguntar e informase sobre las diferencias de cada régimen, estando ahora inmerso en la prohibición legal de retornar al RPMPD en pro de resguardar el principio de sostenibilidad financiera, no siendo jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, amén de que tampoco es beneficiario del régimen de transición.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia por cuanto el demandante escogió libremente trasladarse, sin que sea beneficiario del régimen de transición, debiéndose atender el principio de sostenibilidad financiera del sistema, a lo que se suma que no probó el supuesto de hecho que reclama conforme el artículo 167 del CGP.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la ausencia de los vicios del consentimiento frente a la información brindada, **ii)** si es presupuesto para la declarar la nulidad ser beneficiario del régimen de transición **iii)** si el formulario de afiliación

fue debidamente valorado determinando que debió tenerse por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iv)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si se saneó la nulidad por la permanencia del demandante en el RAIS, y **vi)** si la declaratoria de nulidad y el retorno a COLPENSIONES afecta el principio de sostenibilidad financiera de dicha entidad, en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

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 de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 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 del 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 ser beneficiario del régimen de transición 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 solicitar 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 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 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 17 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media al FONDO DE COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado el 5 de abril de 2001 con fecha de efectividad del 1 de junio del mismo año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS estaba 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 JULIO ERNESTO RODRÍGUEZ MAYORGA 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS por 20 años no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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 él 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 RPMPD, 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 PENSIONES Y CESANTÍAS el 5 de abril de 2001 con efectividad a partir del 1 de junio del mismo año 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.

Y, 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.

DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL RPMPD

Aduce COLPENSIONES que no debió ordenarse aceptar o recibir la devolución que le realice el fondo privado con ocasión de la declaratoria de nulidad del traslado por cuanto tal situación afectaría el equilibrio financiero del RPMPD.

En tal sentido, basta indicar que en oposición a lo manifestado por el recurrente, ninguna lesión al principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones se genera con la determinación del A quo, habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí los recursos que debe reintegrar COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a COLPENSIONES sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente ante el resultado desfavorable de su recurso. 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 29 de abril de 2021 por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por JULIO ERNESTO RODRÍGUEZ MAYORGA en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

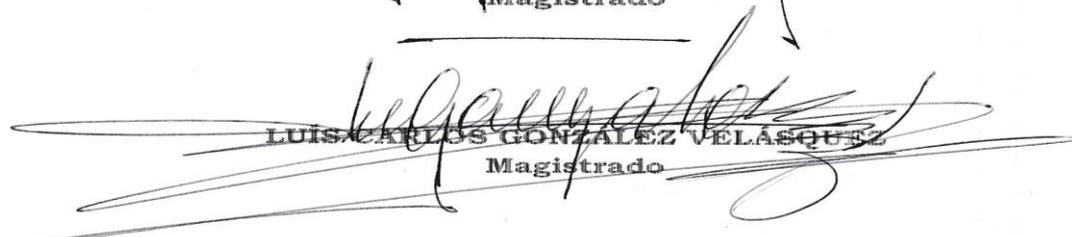
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.oo. Las de primera instancia se confirman.

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. 110013105026201900196-01

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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 3 de abril de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ELVIA LICENIA SAEZ ORTIZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA quien obra en nombre y representación de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 16 vto.-18)

ANTECEDENTES

ELVIA LICENIA SAEZ ORTIZ, pretende que se declare la anulación de la afiliación y el traslado al RAIS ante la omisión de PORVENIR S.A del deber

profesional de información; y como consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a COLPENSIONES establecido en la ley 100/1993 como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad; se ordene a OLD MUTUAL S.A la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el art 1746 del C.C (SU-062 de 2010), gastos de administración o cualquier otro debiendo asumir con su patrimonio propio la disminución del capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del art 963 del C.C y en caso de haberse otorgado previamente la pensión por parte de la AFP al momento de dictarse sentencia que ponga fin a esta litis, a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados; costas del proceso y agencias en derecho; y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que se afilió al sistema general de seguridad social en pensiones el 19 de diciembre de 1985; se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A el 31 de octubre de 2001; al momento de la afiliación el promotor de dicha entidad solamente se limitó a llenar un formato preestablecido sin entregar proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión tanto en el RPMPD como en el RAIS, no le informó hasta qué edad debía cotizar en la AFP y con qué salarios, ni le indicó cuánto capital ahorrado exige tener una pensión de salario mínimo en el fondo privado, tampoco sobre el derecho a retractarse, entre otros aspectos; las AFP publicitaron información como que se podía pensionar a más temprana edad y que la mesada pensional sería más alta que en el ISS, que iba a obtener rendimientos financieros, que el ISS iba a desaparecer estando en riesgo los aportes para pensión; se trasladó a OLD MUTUAL S.A PENSIONES Y CESANTÍAS; elevó solicitudes de anulación de traslado ante las demandadas siéndoles negadas; en el evento de haber seguido cotizando en el RPMPD su monto de pensión sería de \$2.641.557 mientras que en el RAIS es de \$1.700.509; y actualmente se encuentra cotizando a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. (fls 2-39).

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 su afiliación al sistema de seguridad social, las solicitudes elevadas ante las demandadas con sus respectivas respuestas y que actualmente se encuentra afiliada a OLD MUTUAL S.A.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fls 259-264)

SOCIEDAD OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS: propuso las excepciones que denominó como prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fls 277-287)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A: propuso las excepciones que denominó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la genérica. (fls 323-355 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de abril de 2021, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS, condenar al fondo de pensiones OLD MUTUAL S.A a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenar a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y, condenar en costas a la demandada PORVENIR S.A, fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación en procura de que sea revocada la sentencia de primera instancia, ya que no le era obligatorio brindar información a la demandante, teniendo en cuenta la circular 998 emitida por la Superfinanciera, la cual tenía como única exigencia el diligenciamiento del formulario, habiendo cumplido con su obligación; asimismo la permanencia en el RAIS ha sido una decisión libre y voluntaria e informada que se ha ratificado con el tiempo en la cual no se ha evidenciado algún vicio en el consentimiento, por el contrario, en el interrogatorio de parte la actora manifestó que sí conocía los extractos y por ser una contadora se genera duda razonable frente a su manifestación de que no los entiende, sobre todo cuando también dijo que realizaba aportes voluntarios para obtener beneficios fiscales, aspectos que conocía debido a que le brindaron una asesoría, encontrándose una contradicción

cuando dijo que nunca había tenido una asesoría pero sí las hubo y no solo una sino varias con diferentes asesores incluso uno conocido por ella, por lo que no puede indicar falta de información, sino que más se trató de una falta de negligencia suya pues espero 6 años después de que le avisaron que su pensión no estaba acorde a su aspiración, y en cuanto a los gastos de administración, como no están sujetos a la pensión de vejez opera la prescripción, siendo que los rendimientos se han generado por la buena gestión de PORVENIR S.A por lo que no deben trasladarse, porque ha estado beneficiándose de ellos por más de 20 años en el RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en que no era procedente la declaratoria de la nulidad del contrato de afiliación ya que no hubo ningún vicio en el consentimiento, recalcando que tal decisión afecta la sostenibilidad financiera. Entre tanto PORVENIR solicitó la revocatoria de la sentencia porque no se probaron los eventos previstos en los artículos 1741 del CC, 1508 del C.Cio y 271 de la ley 100 de 1993, habiéndose verificado la voluntad de la afiliada, quien por negligencia no se informó, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta 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 formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si la permanencia en el RAIS sana la nulidad, **iv)** si su calidad profesional sana la nulidad del traslado, y **vi)** 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 permite que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde 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 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 a folio 356 la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 31 de octubre de 2001. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que era contadora pública, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que llegaron a la empresa los de PORVENIR S.A los invitaron a trasladarse indicándoles que el ISS estaba mal que se iba acabar, que les ofrecían un mejor crédito pensional, que podía heredar la pensión, si leyó el formulario de afiliación, su motivación era el pánico sobre los rumores del ISS, conoce que son los gastos de administración, si recibía los extractos pero no eran muy claros, conoce que son aportes voluntarios y los realizó, no conoce sobre los requisitos para pensionarse en el RAIS, solo le indicaron que con el dinero que trasladaban del ISS y con lo que cotiza a PORVENIR S,A se obtiene la pensión, inclusive le dijeron que se podía pensionar antes, su inconformidad es porque le ofrecieron algo que no le van a dar como una mejor pensión, no obtuvo asesoría adicional de parte de PORVENIR S.A, la asesora de SKANDIA le indicó que su pensión sería de un mínimo que lo mejor era buscar el traslado a COLPENSIONES, considera que no es una asesoría porque ella tuvo que contarle su situación y no estaba empapada del tema, lo que la motiva a retornar a COLPENSIONES es buscar un buen servicio y que le cumplan con lo que le dicen.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado por su antecesora 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 ELVIA LICENIA SAEZ ORTIZ 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 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 mismo, en cuanto a la reasesoría pensional que hubiere podido proporcionársele a la demandante, huelga precisar que no genera la consecuencia de validar la afiliación, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, 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. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es*

oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, 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 31 de octubre 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 desde el año 2001, ni su condición de profesional -contadora pública- genere 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.

Últimamente, en lo atinente 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 el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema 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 ibidem-.

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.»

COSTAS

En esta instancia a cargo de la demandada recurrente y en favor de la parte actora. 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 31 de octubre de 2021 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por ELVIA LICENIA SAEZ ORTIZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

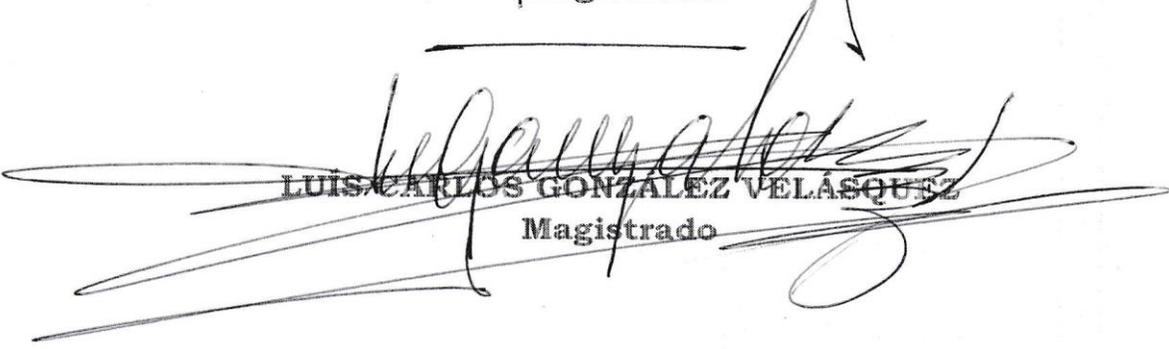
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ 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. 110013105001201900596-01

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 Luis 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 las apoderadas de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 2 de junio de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **SILVIA MARIA AMAYA PEDRAZA** 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**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO quien obra en nombre y representación de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. SANDRA PAOLA ANILLO DIAZ, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 334 Y 336-337). Y en la misma orientación se reconoce personería adjetiva para actuar como apoderada principal de PORVENIR S.A a la Dra. ANGELICA MARÍA CURE MUÑOZ quien obra en nombre de la sociedad GODOY CORDOBA LITTLER identificada como aparece en los poderes y el certificado de existencia y representación legal vistos de folios 342-346.

ANTECEDENTES

SILVIA MARIA AMAYA PEDRAZA, pretende que se declaren las nulidades y/o ineficacias de las vinculaciones y afiliaciones a las demandadas PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, asimismo se declare que la única afiliación válida y vigente es la efectuada al RPMPD administrada por COLPENSIONES; y como consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a COLPENSIONES las cotizaciones obligatorias y voluntarias, el bono pensional, sumas adicionales, más los aportes para pensiones que recaudó, con todos sus frutos e intereses, y la correspondiente indexación a fin de que pueda tramitar su pensión de vejez en el RPMPD, se condene a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES si todavía estuvieren en sus manos las cotizaciones obligatorias, el bono pensional, sumas adicionales, más los aportes para pensiones que recaudó, con todos sus frutos e intereses y la correspondiente indexación a fin de que pueda tramitar su pensión de vejez en el RPMPD por ser más favorable, lo que resulte ultra y extra petita; costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que inició su vida laboral el 1° de septiembre de 1990 cotizando al RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES hasta el 31 de diciembre de 1994, cotizó hasta agosto del año 2000 al RPMPD con un total de 512.86 semanas equivalente a más de 10 años de servicio, en el mes de junio de 2000 llega a su lugar de trabajo para esa época por medio de recursos humanos unos asesores de PORVENIR S.A y en una reunión grupal manifestó que el ISS se encontraba en graves problemas y con un futuro incierto que probablemente desaparecería por lo cual sus aportes estaban riesgo, les informó que si se afiliaban a la AFP PORVENIR S.A recibiría rendimientos importantes sobre sus aportes con altos intereses, también podrán realizar aportes voluntarios adicionales para obtener una mayor pensión, podrían recibirla de manera anticipada y retirar los aportes cuando se quisiera, que su mesada pensional sería más alta que en el ISS, entre otros aspectos; pero no se evaluó ni analizó de manera particular para cada trabajador, luego de esto la asesora de la AFP junto con el área de recursos humanos fueron llamando uno a uno de los empleados para diligenciar y firmar el formulario de traslado del ISS a PORVENIR S.A, en el año 2001 de nuevo la visitaron a su lugar de trabajo los asesores ofreciéndole servicios de pensiones voluntarias a través de Global Fund, en noviembre del mismo año se afilió con un aporte mensual de \$500.000 con la promesa de mejorar su monto pensional, como nunca logró una respuesta efectiva frente al bono pensional decidió aceptar el ofrecimiento de un nuevo asesor de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS trasladándose a esta AFP y realizando aportes voluntarios, en la actualidad y durante los últimos 10 años ha cotizado con salarios superiores al SMLMV, en respuesta a una solicitud COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS le realiza una proyección pensional a los 57 años dando como resultado una mesada pensional de \$1.523.053,

rebajando de manera drástica los ingresos mensuales, afectando su mínimo vital y congrua subsistencia, razón por la cual ha elevado solicitudes a las demandadas para que se anule la afiliación siéndoles negadas, por último los gastos mensualizados son de \$10.554.667 por lo que la mesada pensional de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS no le permitiría cubrir sus gastos de su congrua subsistencia afectando su calidad de vida y mínimo vital. (fls 2-37 sub 108-147)

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 su historia laboral, su afiliación a cada una de ellas, las solicitudes elevadas a cada una de ellas con su respectiva respuesta.

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la 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. (fls 206-213)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls 253-265).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la genérica y la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social y del orden público. (fls 274-283).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de junio de 2021 el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional a través del fondo administrado por PORVENIR S.A; ordenó a COLPENSIONES autorizar el traslado al RPMPD; ordenó a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante en el RAIS junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono

pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación, sin que le sea dable realizar descuento alguno de la cotización total realizada; declaró que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto; sin costas para las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS interpusieron recursos de apelación en procura de que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS en cuanto a que en el interrogatorio de parte la actora confesó tener conocimiento de los requisitos, consecuencias, ventajas y desventajas de estar afiliada al RAIS, asimismo COLFONDOS S.A es un tercero en el negocio jurídico celebrado entre PORVENIR S.A y la demandante en donde ha actuado de buena fe y ha realizado una buena administración la cual se ve reflejada en los rendimientos, por último, porque los gastos de administración los utilizó conforme a lo establecido en el art 20 de la ley 100/1993.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES: teniendo en cuenta que se encuentra válidamente afiliada al RAIS, pues no logró probarse que fue sujeto de un error, fuerza o dolo, es decir, lo realizó con plena voluntad solicitando el traslado y suscribiendo el formulario, cumpliendo así con los requisitos establecidos, además su voluntad se vio ratificada por más de 20 años, tiempo en el cual realizó cotizaciones, y en el momento en que solicita la nulidad del traslado por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional se limita el derecho a retornar al RPMPD pues se encontraba inmersa en la prohibición legal, y por último, porque no contaba con una expectativa legítima ni era beneficiaria del régimen de transición.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES y PORVENIR insistieron en la revocatoria del fallo apelado porque la parte actora realizó el traslado con plena voluntad para lo cual diligenció el formulario, habiendo realizado el fallador de primera instancia una apreciación errónea del deber de información al punto de concluir que debió desanimar a la demandante de hacer su afiliación al Fondo, contando con múltiples oportunidades para retornar. Por último, la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia dado que las demandadas no demostraron el cumplimiento de su deber de información.

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 es presupuesto para la declaratoria de la nulidad contar con una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición, **iii)** si la permanencia en el RAIS por más de 20 años y el traslado entre fondos sana la nulidad del traslado de régimen **iv)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS está obligada a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación a él realizada, y **vi)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema,; . 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 del 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 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 solicitar 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

recibía en una AFP y que tenía la posibilidad de pensionarse anticipadamente, sin que realizara preguntas adicionales, por lo que no corroboró la información dada por el asesor de PORVENIR S.A; mientras que en el año 2002 en otra empresa los asesores de COLFONDOS S.A le manifestaron que ellos seguirán con el trámite del bono pensional y como PORVENIR S.A nunca la apoyó con ese trámite, entonces finalmente el asesor de COLFONDOS S.A le manifestó que ellos lo iban a hacer, entonces eso la motivó a trasladarse de manera horizontal, sin que ninguno de esos fondos hiciera una evaluación detallada de las condiciones particulares de cada persona, y aunque sabía que su mesada pensional dependía de los valores que aportará al fondo, no tenía claridad que dependía de su núcleo familiar, habiendo realizado aportes voluntarios a las AFP porque los asesores le dijeron que como le habían aumentado el sueldo que aportará más al fondo privado para tener una mejor mesada pensional.

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada 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 RPMPD, 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 22 de junio de 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde el año 2000, no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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 ibidem-.

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.»

Así mismo, 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.

ahora bien, 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.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. 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 2 de junio de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por SILVIA MARIA AMAYA PEDRAZA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

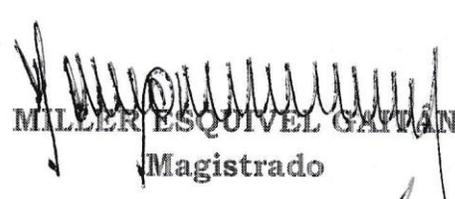
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS. Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

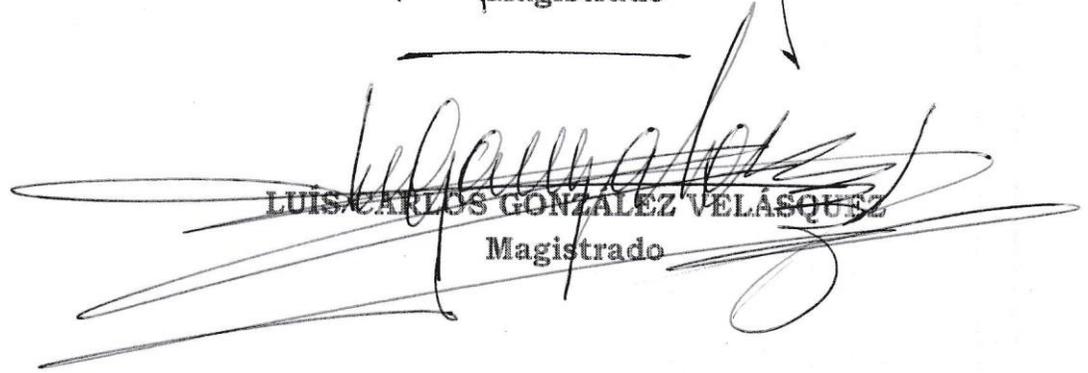
Los Magistrados,



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. 110013105031201900707-01

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 Dres. 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

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FEBE ELIZABETH TORRES POPAYÁN** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA quien obra en nombre y representación de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 13 vto.-15)

ANTECEDENTES

FEBE ELIZABETH TORRES POPAYAN, pretende que se declare la nulidad de la vinculación al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A; y en consecuencia, se ordene el traslado del RAIS al RPMPD, se ordene a PROTECCIÓN S.A enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional y que debe reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales, además de reembolsar de forma integral los cobros y gastos de administración, se ordene a COLPENSIONES a aceptar su vinculación en el RPMPD como si nunca hubiera existido recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, se ordene a PROTECCIÓN S.A a reconocer y pagar la suma de 50 SMLMV de que trata el art 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993 como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional, lo que resulte ultra y extra petita, cotas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que estuvo vinculada al RPMPD hasta que suscribió formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A; los asesores comerciales de dicha entidad la indujeron de manera equivocada a vincularse al RAIS; le informaron que al trasladarse no perdía los beneficios del RPMPD; no le indicaron los eventuales riesgos que podía tener al trasladarse al RAIS, ni le realizaron proyecciones pensionales; el ISS no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP en cuanto decía que se iba acabar; no presentó comunicación escrita ante PROTECCIÓN S.A sobre la elección de dicho régimen de manera libre, espontánea y sin presiones; razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado ante las demandadas; hace 4 años que lleva gestionando ante PROTECCIÓN S.A el traslado de régimen al RPMPD. (fls 2-16)

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 y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con su historia laboral, su afiliación a cada una de ellas, vigencia del Estatuto del Consumidor Financiero y las solicitudes elevadas ante las demandadas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, propuso las excepciones que denominó como falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica. (fl 84-102)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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, 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 la prima de 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 y la genérica (PDF 3 fls 3-30)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de junio de 2021, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: declarar la ineficacia del acto de traslado de la señora FEBE ELIZABETH TORRES POPAYÁN del RPMPD al RAIS realizado a través de COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN S.A., el día 23 de junio de 1995, con fecha de efectividad del 1° de julio del mismo año y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten; condenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; condenar a PROTECCIÓN S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS; ordenar a COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación al RPMPD 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, absolvió en lo demás, declaró no probadas las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES, costas como se dijo en la parte motivo de la sentencia.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas interpusieron recurso de apelación para que sea revocada y

en su lugar se acceda a sus pedimentos conforme los siguientes argumentos:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- porque se encuentra inmersa en la prohibición legal y en el interrogatorio de parte no se evidencio ningún vicio del consentimiento, asimismo ratifico su decisión al permanecer durante tanto tiempo afiliada al RAIS

PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A respecto a la orden de trasladar los gastos de administración hacia COLPENSIONES porque se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual descuentos realizados conforme a la ley como contraprestación a una buena administración como lo es legalmente permitido, asimismo se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez, además estaría recibiendo un capital por un dinero que nunca administro y se le estaría trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de las buenas gestiones realizada por PROTECCIÓN S.A por lo que tiene derecho a conservar esa comisión como restitución mutua a su favor sin que haya lugar a trasladarlos a COLPENSIONES, y como la consecuencia de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido se producen unos efectos como el de entender que el contrato nunca existió, por lo que si PROTECCIÓN no hubiera administrado dichos recursos de la cuenta de ahorro individual estos rendimientos no se hubieran causado y por consiguiente no existiría un cobro de administración, frente al cobro del 3% destinado para la comisión de administración y para financiar las primas de seguro previsional opera la prescripción, toda vez que es un concepto que se va descontando con periodicidad que impone la ley y no financia directamente la prestación económica por vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en que no era procedente la declaratoria de la nulidad del contrato de afiliación ya que no hubo ningún vicio en el consentimiento, en donde los asesores de PROTECCIÓN S.A le manifestaron a la parte demandante de manera clara y detallada, la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen pensional, así como las consecuencias que le acarrearía la misma, recalcando que tal decisión afecta la estabilidad financiera. Entre tanto la parte actora insistió en que se confirme la decisión de primera instancia ya que se encuentra ajustada a derecho y de conformidad con las pruebas que obran en el expediente.

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 la permanencia en el RAIS sana la nulidad del traslado de régimen **iii)** si su interrogatorio de parte fue debidamente valorado determinando si con ello se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iv)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **vi)** Si PROTECCIÓN S.A están obligadas 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 de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 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 del 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 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 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 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a PROTECCIÓN S.A diligenciado el 22 de junio de 1995 con fecha de efectividad del 1 de julio del mismo año, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Igualmente se recibió el

interrogatorio de parte de la demandante quien indicó respecto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se trasladó a PROTECCIÓN S.A, , contrario a lo afirmado por la censura, que en el grupo CAJA SOCIAL donde trabaja crearon una empresa que se llamaba PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA y en ese momento pasaron por su puesto de trabajo y le realizaron la afiliación a esta AFP, por lo que fue una imposición por parte de su patrono, habiendo coerción porque en su momento si no se trasladaban podía estar peligrando el puesto, fue así como llegaron con los formularios y lo que hizo fue firmar, sin tener otra opción, recibiendo los extractos semestrales.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PROTECCIÓN S.A estaba 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 FEBE ELIZABETH TORRES POPAYAN 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. Máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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 RPMPD, 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 el 22 de junio de 1995 con fecha de efectividad del 1 de julio del mismo año, 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.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura la imposibilidad de la 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 en la sentencia SU062/10, por no contar la afiliada con más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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 ibidem-.

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 bien, 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.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. 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 Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FEBE ELIZABETH TORRES POPAYAN en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y DE CESANTÍA PROTECCIÓN S.A - PROTECCIÓN S.A.,
conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes.
Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.oo. para
cada una. 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. 110013105035201800709-01

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 el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **MIGUEL IGNACIO MORALES VILLAGRÁN** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA quien obra en nombre y representación de la sociedad CAL & NAF ABOGADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls. 31-33)

ANTECEDENTES

MIGUEL IGNACIO MORALES VILLAGRAN, pretende que se declare que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A lo asesoró de manera errada

e inadecuada, sin un análisis juicioso, colocando en riesgo la probabilidad de que pueda gozar de una pensión justa y acorde con sus ingresos, al trasladarlo del ISS hoy COLPENSIONES el 1° de diciembre de 1994; que se declare que OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A no lo asesoró antes de cumplir la edad de 52 años respecto del régimen pensional a elegir teniendo en cuenta que era el momento justo para decidir qué régimen le era más favorable para sus intereses conforme a sus ingresos; que se declare la nulidad del traslado al RAIS administrada por OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS A.S, y como consecuencia, se ordene a esta última entidad a trasladar al RPMPD los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES quien de acuerdo con el art 155 de la ley 1151 de 2007 es la única administradora estatal del RPMPD, en las mismas condiciones impetradas como si nunca se hubiese surtido el traslado al RAIS, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado al RPMPD, pagó de costas procesales y agencias en derecho, lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que nació el 21 de junio de 1958, se vinculó en el ISS el 1° de julio de 1974; se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A; al momento del traslado el ejecutivo de cuenta de la AFP le informó que si se trasladaba no perdería ningún beneficio, que podría pensionarse antes de la edad requerida, que tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad y que recibiría una pensión con un monto mayor al que tendría en el ISS; se trasladó en mayo de 1997 a OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, luego se trasladó a PORVENIR S.A en 1999; actualmente se encuentra vinculado a la AFP OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS; no recibió por dicha entidad asesoría respecto a la posibilidad de retornar al RPMPD; elevó solicitud ante OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A para la proyección de su mesada pensional obteniendo como respuesta que a los 62 años sería de \$3.023.000; cuenta con más de 1909 semanas cotizadas; y existió un vicio en el consentimiento a la hora de elegir el fondo de pensiones por cuanto fue engañado en su buena fe. (fls 2-30 sub 78).

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, su afiliación a cada una de ellas, la simulación pensional realizada por la AFP PROTECCIÓN S.A y las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como validez de la

afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica. (fls 83-91)

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorios administrado por COLFONDOS S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (fls 128-145)

SOCIEDAD OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS: planteó las excepciones que denominó como imposibilidad jurídica del traslado, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fls 159-181)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A: propuso las excepciones que denominó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (según contestación)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de abril de 2021, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante MIGUEL IGNACIO MORALES VILLAGRÁN, sin costas en esa instancia. Lo anterior como quiera que la parte actora en el curso de esta actuación puso en conocimiento del Despacho que que había solicitado a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A el reconocimiento de la pensión, quien accedió a concedérsela aproximadamente desde noviembre de 2020.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la parte actora solicitó la revocatoria del fallo recurrido al desconocer la situación que llevó a que peticionara la pensión, cuyo reconocimiento en el transcurso del proceso no varía la omisión en la que incurrieron los fondos demandados respecto de su obligación de brindar asesoría e información necesaria completa, eficiente, eficaz, cierta y oportuna al realizar el cambio de régimen pensional, siendo que al momento de la interposición de la demanda no ostentaba la condición de pensionado sino de afiliado y como por la pandemia se quedó sin recursos para sobrevivir fue por lo que solicitó su pensión. Entre tanto, PORVENIR S.A., COLPENSIONES y SKANDÍA S.A

insistieron en la confirmación de la sentencia al no haberse acreditado los vicios del consentimiento, sobre todo cuando el traslado se realizó con el lleno de los requisitos, no siendo dable imponerles cargas distintas a las establecidas en la ley.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta alzada 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 el recurso de apelación interpuesto por parte demandante, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al negar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por ostentar la calidad de pensionado, en dicho régimen.

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 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).

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.

Por tanto, la carga de la prueba le corresponde 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 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.

Ahora bien, además de los presupuestos antes mencionados, ha expresado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 84475 del 10 febrero de 2021, que, para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, el demandante, no debe haber adquirido el estatus jurídico de pensionado, pues *“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un*

estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...) No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”; razón por la cual, esa Corporación, determinó “abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”; resaltando que, el pensionado, que se considere lesionado en su derecho puede reclamar la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso, al respecto, indicó:

“...no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

(...)

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento”

En el presente caso, militan como pruebas, reclamaciones de nulidad de traslado presentadas por el demandante ante la AFP OLD MUTUAL S.A, con su correspondiente respuesta por parte de esta última (fls. 34-39 PDF No. 01); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 40-42 PDF No. 01); historia laboral consolidada de la actora en la AFP OLD MUTUAL S.A. (fl. 43-51 PDF No. 01); formulario solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias COLFONDOS PENSIONES Y

CESANTÍAS S.A, de fecha 24 de enero de 1996 (fls. 147 PDF No. 01); formulario de inscripción al Instituto de Seguro Social (fl. 33 PDF No. 01).

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que, aun cuando la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., no acreditó el cumplimiento de su deber de información, brindándole al demandante información clara, precisa, oportuna, veraz y suficiente acerca de las características del RAIS, las posibles consecuencias que traería esa decisión para su futuro pensional resultan inanes al habersele reconocido al actor en el curso de esta actuación y por petición suya, la pensión de vejez, desde el mes de noviembre de 2020 tal y como lo aceptó expresamente su apoderada judicial cuando manifestó que por parte de la AFP OLD MUTUAL S.A se le había otorgado dicho status, y lo corroboró oficiosamente esta Corporación luego de consulta realizada al RUAF (fl 36 Exp físico) y si ello es así, dado que estamos frente a una situación jurídica consolidada, esto es, un hecho consumado, al tenor del precedente jurisprudencial antes citado, no es posible revertir la sentencia acusada aun cuando al momento de su presentación el demandante ostentara la calidad de afiliado, resultando acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al negar las pretensiones de esta acción.

Y es que no es dable en esta Instancia analizar las posibles circunstancias que dieron lugar a que el demandante decidiera optar por el reconocimiento de la pensión a cargo del fondo y no esperar la decisión judicial, por la potísima razón que las mismas no fueron objeto de este litigio, estando vedado para el Juez de Segunda Instancia pronunciarse por fuera o más allá de lo pedido, toda vez que la parte demandada no puede ser condenada por hechos respecto de los cuales no pudo ejercer su derecho de contradicción y defensa (CSJ Sentencias SL 8716 del 2 de julio de 2014 y SL 9518 del 22 de julio de 2015).

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia. 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 22 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MIGUEL IGNACIO MORALES VILLAGRÁN** en contra de la **ADMINISTRADORA**

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

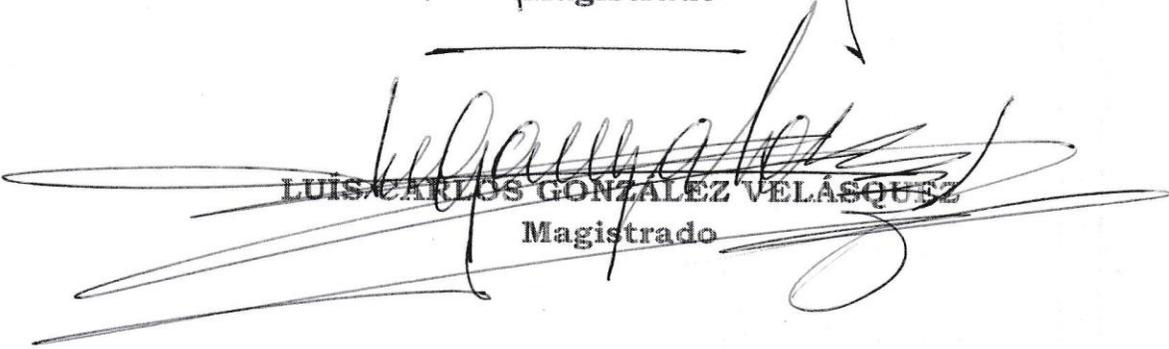
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAVAN
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. 110013105030201800714-01

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 Dres. 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

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PROTECCIÓN S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 9 de marzo de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GABRIEL HUMBERTO GAMBOA OVALLE** 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 para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA JULIANA MEJIA GIRALDO y como apoderado sustituto al Dr. WINDERSON JOSÉ MONCADA RAMIREZ en los términos y para los efectos de los poderes conferidos que militan a folios 170 y 175-177.

ANTECEDENTES

GABRIEL HUMBERTO GAMBOA OVALLE promueve demanda en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES**

Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., en procura de que previa anulación de la afiliación-adhesión realizada al fondo obligatorio de pensiones por la AFP DAVIVIR S.A hoy PROTECCIÓN S.A a partir del 1° de septiembre de 1994, teniendo en cuenta que no hubo consentimiento informado sobre las consecuencias y efectos desfavorables de trasladarse del RPMPD que administraba el ISS hoy COLPENSIONES hacia el RAIS administrado por la AFP DAVIVIR S.A, por cuanto a la mesada pensional que recibirá dentro del RPMPD será de un valor ostensiblemente superior a la que en efecto recibirá si permanece en el RAIS, se declare que COLPENSIONES deberá reconocer la pensión de vejez una vez acredite los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos por el art 33 de la ley 100/1993 modificado por el art 9 de la ley 797/2003; y como consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A para que el capital y los rendimientos financieros acumulados en el fondo obligatorio de pensiones desde el 1° de septiembre de 1994 y hasta la sentencia que ponga fin a esta controversia sean trasladados hacia el RPMPD que actualmente administra COLPENSIONES, que se ordene a esta última entidad a recibir dicha capital y rendimientos financieros en forma de semanas cotizadas y se contabilicen válidamente dentro de su historia laboral como si aquella nunca se hubiera cambiado de régimen de pensión y siempre hubiera permanecido en el RPMPD teniendo como IBC para cada periodo los salarios reportados por el fondo de pensiones privado, así mismo, que se ordene a COLPENSIONES para que luego del retorno le reconozca y pague una pensión de vejez en los términos de los arts 9 y 10 de la ley 797/2003 una vez acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos de dicha normativa, lo que resulte ultra y extra petita, y costas procesales.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se declare que puede trasladarse o retornar al RPMPD en cualquier momento en la medida que cuenta con 750 semanas o 15 años de servicio al 1° de abril de 1994 conforme lo adoctrino la sentencia SU-062 de 2010, se declare que las demandadas están obligadas a gestionar el traslado o cambio de régimen pensional con el propósito que acceda en el RPMPD a una pensión de vejez en condiciones más favorables y beneficiosas una vez acredite la edad y las semanas de cotización correspondientes, se declare que COLPENSIONES está obligada a reconocer a favor la pensión por vejez en condiciones más favorables y beneficiosas una vez acredite la edad y las semanas de cotización correspondientes, se condene a las demandadas a trasladar en los términos de la sentencia SU-062 de 2010 con el propósito de que acceda a la pensión por vejez en el RPMPD, se condene a PROTECCIÓN S.A a trasladar el 100% de los recursos administrados y a COLPENSIONES a recibir los recursos depositados en el sistema general de pensiones para que acceda al RPMPD en condiciones más favorables y beneficiosas una vez acredite la edad y las semanas de cotización correspondientes, se condene a COLPENSIONES a reconocer a favor la pensión de vejez en condiciones más favorables y beneficiosas una vez acredite la edad y las semanas de cotización correspondientes, lo que resulte ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 28 de febrero de 1959, se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, desde el 1 de junio de 1979 hasta el 31 de agosto de 1994, cotizó al RPMPD 795,86 semanas, laboró en la empresa ARPO LTDA donde fue abordado por un asesor comercial de la AFP DAVIVIR S.A hoy PROTECCIÓN S.A quien le ofreció que se trasladara de régimen pensional y se adhiriera al fondo obligatorio de pensiones del RAIS, le manifestó que el ISS iba a entrar en bancarrota, que en el RAIS se podía pensionar a la edad que quisiera y que obtendría una mesada pensional superior que en el RPMPD, DAVIVIR S.A contaba con la capacidad operativa, técnica y financiera para determinar que no le convenía el RAIS ocultando el hecho de que en dicho fondo obligatorio sólo obtendría una pensión en la modalidad de retiro programado inferior a la que le otorgaría COLPENSIONES, las estimaciones actuariales realizadas se evidencia que en el RPMPD obtendría una pensión en modalidad de renta vitalicia de \$4.285.803 y en el RAIS en la modalidad de retiro programado de \$2.148.603, razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado ante las demandadas siéndole negadas. (fls 51-73).

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, salvo los relacionados con la edad y las solicitudes elevadas a las demandadas para la nulidad del traslado con sus respectivas respuestas.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó como prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (79-86)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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 del sistema general de pensiones y la genérica. (1069-123)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de marzo de 2021 el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante del ISS a DAVIVIR S.A hoy PROTECCIÓN S.A realizado mediante el formulario No 149051 de fecha de

24 de agosto de 1994 con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1994; declaró válidamente vinculado al demandante al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, es decir, desde que cobró efectividad el traslado a partir del 1° de septiembre de 1994 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, debiendo estos últimos ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante actualice la información en su historia laboral para estudiar y garantizar el derecho definida; declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas; condenó en costas de esa instancia a PROTECCIÓN S.A a favor del demandante, incluyendo como concepto de agencias en derecho la suma de \$3.488.740, y no condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación PROTECCIÓN S.A interpuso recurso de apelación para que se revoque de manera parcial la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración como lo es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera, asimismo se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez, recibiendo un dinero por valores que nunca administró, siendo que los rendimientos son fruto de la buena gestión realizada por la AFP, por lo que tiene derecho a reservar como restitución mutua a su favor tales gastos, además el cobro de ese 3% destinado a la comisión de administración es para financiar las primas del seguro previsional y frente a ellos opera la prescripción toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que no financian directamente la prestación económica por vejez; y en caso de mantenerse dicha condena se estaría en una condena de perjuicios contra la AFP la cual tendría que revisarse a la luz de una responsabilidad civil con los elementos propios de ésta y en lo que no fue materia de prueba ni quedó demostrado en este proceso ya que la inversión de la carga de la prueba opera frente a la pretensión de la ineficacia de la afiliación y no frente al tema de los perjuicios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la modificación o revocatoria del fallo al tratarse de una injusticia incompleta ya que reconoce el derecho del afiliado de retornar al RPMPD pero afecta gravemente los derechos de COLPENSIONES quien se ve obligado a aceptar la afiliación sin que la orden de trasladar los dineros supla el hueco financiero y el daño ocasionado; precisando que la parte actora está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, debiendo adicionarse la sentencia para obtener el pago indexado o con intereses de dichos valores.

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 la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **iii)** si PROTECCIÓN S.A está obligado a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación realizada, **iv)** si en el presente caso era procedente la declaratoria de la excepción de prescripción, o si por el contrario la misma no opera en decisiones declarativas de ineficacia del traslado de régimen. 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° 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 del 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 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 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 124 obra la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media a PROTECCIÓN S.A diligenciado el 24 de agosto de 1994 con fecha de efectividad del 1° de septiembre del mismo año, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folio 124, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PROTECCIÓN S.A estaba 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 **GABRIEL HUMBERTO GAMBOA OVALLE** 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, dando lugar, inclusive a la devolución de la comisión de administración.

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 RPMPD, 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 PROTECCIÓN S.A el 24 de agosto de 1994 con efectividad a partir del 1° de septiembre del mismo año 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.

Últimamente, en lo atinente 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 el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema 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 ibidem-.

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

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

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

(...)

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

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar PROTECCIÓN S.A por la orden de trasladar a la demandante al RPMPD administrado por COLPENSIONES, 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

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.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de 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 9 de marzo de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por GABRIEL HUMBERTO GAMBOA OVALLE en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

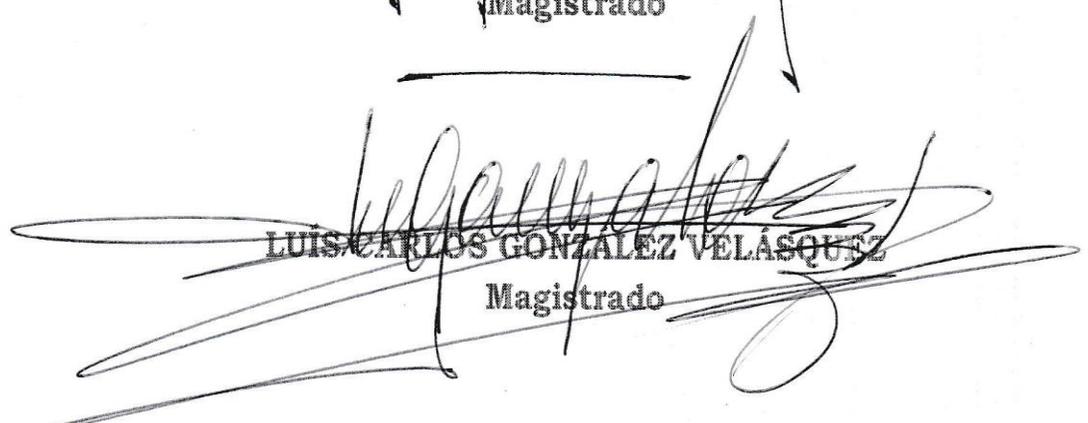
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL 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. 110013105021201900809-01

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 Dres. 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 COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 11 de junio de 2021 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ADRIANA MARIA RENDÓN LONDOÑO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO en los términos y para los efectos de los poderes conferidos que militan a folios 105-108.

ANTECEDENTES

ADRIANA MARIA RENDON LONDOÑO, pretende que se declare la ineficacia y nulidad de la afiliación al RAIS y que tiene derecho a regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES; y como consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A trasladar los aportes a COLPENSIONES y, a

esta última, a recibirlos; pagó de costas y agencias en derecho y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que inició sus cotizaciones a seguridad social en pensiones desde el 1 de agosto de 1998 en el ISS hoy COLPENSIONES, se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A en el año 2004, en el momento del traslado el asesor no le explicó los beneficios y riesgos de trasladarse de régimen, pero sí le informó que su pensión sería más elevada en el RAIS que en el RPMPD, el 5 de septiembre de 2019 por medio de asesoría realizada por PROTECCIÓN S.A le indican que no tiene derecho a la pensión ya que el capital ahorrado no le alcanza, razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado siéndole negadas. (Fls 2-10)

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 afiliación a cada una de ellas y las solicitudes elevadas ante las demandadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES propuso las excepciones de 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 del orden público y la genérica (fls 61 del CD)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones que denominó como 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 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 y la genérica. (fls 68 del CD).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de junio de 2021, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS el 3 de junio de 2004 con fecha de efectividad a partir del 1 de agosto del mismo año por intermedio de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A y, en consecuencia, declarar la afiliación válida al RPMPD administrada por COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de aportes pensionales, cotizaciones, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual para ello concedió el término de 1 mes; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación en el RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas, costas a cargo de PROTECCIÓN S.A, y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.500.000, sin costas en contra de COLPENSIONES.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que se revoque de manera integral la sentencia de primera instancia al no existir elementos de juicio que permitan establecer error o inducción en error como vicio de consentimiento pues, por el contrario, se evidencia que se realizó su traslado de manera libre y voluntaria sin presiones indebidas y de conformidad con lo establecido en el art 13 de la ley 100/1993 en su literal b, asimismo no es beneficiaria del régimen de transición, además que el interrogatorio de parte es contradictorio a los hechos ya que mientras en los primeros señala que recibió una asesoría en donde le indicaron que era mejor estar en una AFP, en el interrogatorio manifiesta que no le brindaron ninguna asesoría y la única fue en el año 2019, pero que era mejor estar en PROTECCIÓN S.A y que no tendría derecho a la pensión, encontrándose una incongruencia pues la asesoría fue realizada en el 2004, tal como se evidencia en la demanda; de otra parte, respecto a la carga de la prueba no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, lo único que se exigió para la época era el diligenciamiento del formulario de afiliación con la correspondiente firma del afiliado para poder probar el consentimiento

libre, voluntario y sin presiones por cuanto las leyes que surgieron en el año 1993 y 2014 no exige nada diferente a éste documento; por último solicita que no se le condene en costas pues no participó en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero que se le causa un daño injustificado.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, solicita que se revoque de manera parcial frente al traslado a COLPENSIONES de los gastos de administración, toda vez que en primera medida esto es un descuento que se encuentra debidamente autorizado en el art 20 de la ley 100/93 y el mismo se realizó en su momento con la autorización normativa tal como lo hace cualquier entidad financiera; asimismo se hizo como contraprestación de una buena administración el cual se puede evidenciar en los buenos rendimientos financieros que generó su cuenta de ahorro individual, y no hay lugar a devolver estos dineros, ya que se trata de valores causados durante la administración de estos recursos del fondo de pensiones, así las cosas se deben de hablar de prestaciones acaecidas -teoría que fue de presente por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral radicado 31989 de septiembre de 2008 M.P Eduardo Lopez Villegas-.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia toda vez que las demandadas no lograron desvirtuar la desinformación al demandante a la hora de efectuar el traslado de Régimen estando el deber probatorio a cargo de éstas. Entre tanto COLPENSIONES insistió en la revocatoria de dicho fallo al encontrarse inmersa la actora en la prohibición de retornar al RPMPD, no haber acreditado ningún vicio en el consentimiento ni cumplir con su obligación de probarlos en los términos del artículo 1604 del CC, precisando que el deber de información sólo se materializó a través de la ley 1748 de 2014, observándose con la orden de traslado la descapitalización del sistema.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba; **ii)** si es presupuesto para la

declaratoria de la ineficacia del traslado ser beneficiario del régimen de transición, **iii)** si el formulario y el interrogatorio de parte son pruebas suficientes de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iv)** si PROTECCIÓN S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación, y **vi)** si hay o no lugar a condenar en costas a COLPENSIONES por ser un tercero de buena fe. 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 de la actora.

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no ser beneficiario del régimen de transición 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 solicitar 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 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 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 folio 68 del CD allegado por PROTECCIÓN S.A obra solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a dicho fondo diligenciado el 2 de junio de 2004 con fecha de efectividad del 1° de agosto del mismo año, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se trasladó al RAIS, lo que manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que en el 2004 estaba en un contrato de prestación de servicios a el Instituto de Desarrollo Urbano en ese momento eran muchas personas que iban a empezar a trabajar con esta entidad y les colocaron muchos documentos para firmar, ella firmó todo y entrego, no tuvo la oportunidad de hablar con un asesor de PROTECCIÓN S.A en ese momento del traslado, fue en el año 2019 donde le realizaron una asesoría en la AFP y allí le dicen que con la edad que tenía no podía pensionarse y le faltaban muchas semanas en COLPENSIONES, pero en PROTECCIÓN S.A tiene que trabajar menos semanas y que puede retirar su plata en el momento que tome la decisión, no leyó el formulario de afiliación solo firmó todos los formularios que le entregó la empresa para poder acceder al contrato, si recibe extractos actualmente de SANTANDER y su motivo del traslado es mejorar sus condiciones pensionales

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PROTECCIÓN S.A estaba 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 ADRIANA MARIA RENDON LONDOÑO 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 él 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 RPMPD, 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 el 2 de junio de 2004 con fecha de efectividad del 1 de agosto del mismo año, 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.

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 ibidem-.

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 DE LAS COSTAS EN ESTA INSTANCIA

El artículo 65 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)

Así las cosas, 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 se encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su condena en esta instancia, al serle desfavorable el recurso por ella interpuesto.

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 reintegradas¹.

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

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

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia. Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. 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

¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 11 de junio de 2021 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ADRIANA MARIA RENDON LONDOÑO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN 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. 110013105019201900615-01

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 Dres. 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.

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de marzo de 2021 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FABIO RESTREPO HERNANDEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. MARIA CLAUDIA TOBITO MONTENEGRO en los términos y para los efectos de los poderes conferidos que militan a folios 153 y 162 a 165.

ANTECEDENTES

FABIO RESTREPO HERNANDEZ promueve demanda ordinaria en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS en procura de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen realizado el 27 de octubre de 1994 del ISS hoy COLPENSIONES a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado para convencerlo de que se trasladara de régimen pensional¹,

¹ Dando aplicación a lo establecido por la honorable Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, mediante las sentencias reconocidas

siendo la única afiliación válida la efectuada el 1° de febrero de 1992 al ISS; y como consecuencia, se ordene a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen efectuado el 27 de octubre de 1994, se ordene a esta última entidad a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual, se ordene a COLPENSIONES a aceptarlo en esa administradora sin solución de continuidad, así como a recibir los aportes de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, procediendo a corregir y actualizar la historia laboral, costas y agencias en derecho; y, lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 4 de enero de 1962, se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el día 1° de febrero de 1992 con un total de 102 semanas cotizadas, se trasladó el 27 de octubre de 1994 al RAIS administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, su traslado no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió por lo que no existe tal consentimiento de libertad y voluntariedad, ha cotizado al sistema general de pensiones con los dos regímenes un total de 1.336 semanas, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS no le informó sobre el art 2° de la ley 797 de 2003 el cual le permitía que los afiliados se pudieran trasladar por única vez antes del 28 de enero de 2004, ni le mencionó la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, pero si le mencionó que su pensión de vejez en el RAIS estaría en un valor de \$1.806.480 para el año 2024, conforme a la historia laboral expedida por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS su IBC es el \$9.289.560 suma que aplicando una tasa de reemplazo del 58.89% arroja una mesada pensional en COLPENSIONES de \$5.563.517, razón por la cual elevó solicitud de nulidad de traslado ante las demandadas. (Fls 5-21)

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 su edad, la afiliación a cada una de ellas, las semanas cotizadas y la solicitud de nulidad de traslado elevada ante COLPENSIONES.

con los radicados N°(s)31989 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, SL 361 del 13 de febrero de 2019, SL 1452 del 3 de abril de 2019, SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019 y que para todos los efectos

COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la genérica (fls 86-100 vto)

COLFONDOS S.A: Se allanó (Fl 114)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de marzo de 2021, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS realizado el 27 de octubre de 1994, declaró válidamente vinculado a COLPENSIONES desde el 1 de febrero de 1992 hasta la actualidad como si nunca se hubiera traslado y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD, condenó a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses, comisiones y si descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, sin costas en esa instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se absuelva de todo lo que sea contrario a sus intereses, teniendo en cuenta que en el momento del traslado, es decir en octubre de 1994, según la normatividad aplicable para esa época, cual era la ley 100/1993, la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este caso se realizó, entonces no es legalmente válido imponer obligaciones y soportes de obligación no previstos en el ordenamiento jurídico del momento del traslado de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y del debido proceso no consiste solamente en la posibilidad de defensa o en la oportunidad para interponer recurso sino que exige además el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga, asimismo el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de COLPENSIONES que sin haber participado en el trámite de traslado es

quien debe afrontar una posible carga prestacional a favor del demandante, además, en cuanto a que no se le brindó información de las ventajas y desventajas del RAIS debe decirse que están consignadas en la ley 100 de 1993 que impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por tanto no es dable argumentar ignorancia, amén de que el demandante actualmente tiene más de 58 años de edad y ha permanecido en el RAIS por más de 26 años, por lo cual COLPENSIONES resulta lesionada con la decisión adoptada al afectar la sostenibilidad financiera del sistema en donde la ley hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir con la edad para obtener la pensión, norma que era conocida por el demandante como lo manifestó en su interrogatorio de parte; por último solicita que se adicione que solo podrá hacerse efectivo una vez cumplida las obligaciones impuestas a COLFONDOS S.A en la sentencia toda vez que COLPENSIONES no podrá dar cumplimiento a la misma hasta tanto la AFP reintegre los recursos a mi representada y actualice la información del actor en la base de datos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la revocatoria de la sentencia de primera instancia porque no hay lugar a la inversión de la carga de la prueba frente a la información brindada al momento del traslado, habiendo sido negligente la parte actora en tal sentido. Entre tanto, la parte actora solicitó la confirmación en acatamiento de la extensa jurisprudencia que ha explicado que a quien le corresponde demostrar la información suministrada es a los fondos.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la ausencia de los vicios del consentimiento frente a la información brindada, **ii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por el demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados, **iii)** si la permanencia en el RAIS por más de 26 años sana la nulidad del traslado de régimen, **iv)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD; **v)** si la declaratoria de nulidad y el retorno a COLPENSIONES afecta la estabilidad financiera de dicha entidad,

y **vi)** si en el caso de confirmarse la sentencia se debe adicionar en el sentido de indicar que COLPENSIONES podrá cumplir con la condena impuesta hasta que COLFONDOS S.A le reintegre los recursos y actualice la información del demandante en la base de datos; todo ello en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

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 de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 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 del 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 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 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 118 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media al FONDO DE COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado el 27 de octubre de 1994 con fecha de efectividad del 1 de noviembre del mismo año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó, contrario a lo afirmado por la censura, que empezó trabajando en la Universidad de los Andes desde 1992 hasta hoy de manera interrumpida, en octubre de 1994 hubo una visita de los asesores esto era común en la universidad, el asesor que le correspondió le manifestó que era recomendable que se pasara a un fondo privado porque le daba mayores garantías para su pensión y que el ISS quizás estaba en problemas económicos y no le podía garantizar su pensión, le pareció razonable la propuesta y le pidió entonces firmar un documento del traslado, fue una entrevista corta que no solo se la hicieron a él sino a varios profesores, no buscó asesoría adicional porque le parecía razonable lo que le dijo el asesor, hace muy pocos años comentando con otros colegas que hicieron los mismo trámites le indicaron que la realidad de lo que se había prometido no era lo mismo que en la práctica se estaba realizando, por lo que decidió intentar revertir esa decisión. En ningún momento de la asesoría hubo un comparativo entre los regímenes, los argumentos que le dieron es que su dinero estaría mucho más seguro, que el rendimiento sería muy bueno, que el ISS estaba en problemas y que no

tendría ninguna garantía, no se le informó sobre la cláusula de retracto, ni se le mencionó hasta qué edad tenía plazo para retornar al RPMPD, y recibió una carta donde se le advertía que tenía un año para retornar pero él no considero un peligro quedarse en el RAIS porque hasta ese momento pensó que estaba todo bien.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando COLFONDOS S.A estaba 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 FABIO RESTREPO HERNANDEZ 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.

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 él 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 27 de octubre de 1994 con efectividad a partir del 1 de noviembre del mismo año 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 26 años no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura la imposibilidad de la 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 en la sentencia SU062/10, por no contar la afiliada con más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Se debe agregar que, 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.

DEL CUMPLIMIENTO CONDICIONADO DE LA CONDENA POR PARTE DE COLPENSIONES HASTA TANTO COLFONDOS S.A REINTEGRE LOS RECURSOS Y ACTUALICE LA BASE DE DATOS DEL ACTOR.

Por último, como quiera que no se impuso condena dineraria alguna a COLPENSIONES, no hay lugar a acceder a este pedimento en los términos solicitados por la censura.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLPENSIONES. 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

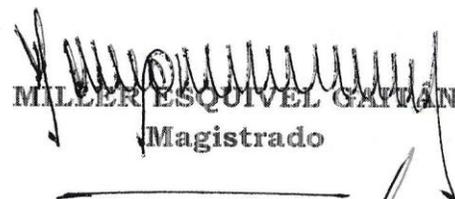
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 12 de marzo de 2021 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por FABIO RESTREPO HERNANDEZ en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

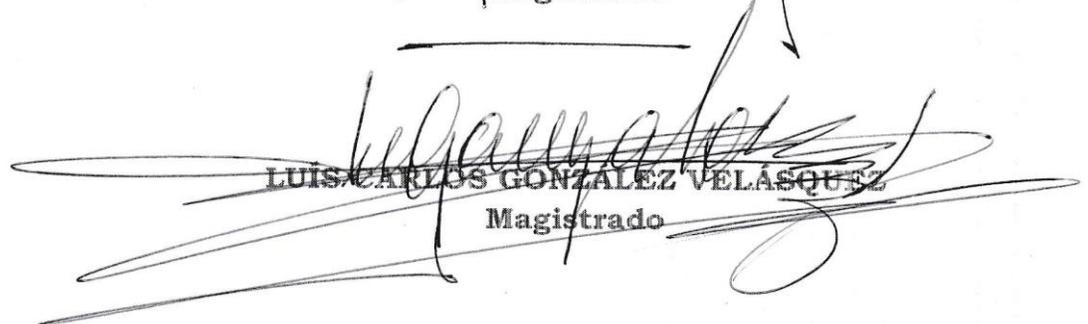
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. FIJENSE como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman.

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. 110013105035201900015-01

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 el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor del demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **MANUEL HERNANDEZ JAIMES** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 14-15a. Así mismo , se reconoce personería a la Dra. ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ como apoderada principal de PORVENIR S.A y como apoderada sustituta a la a la Dra. JESSICA FERNANDA GIRÓN SÁNCHEZ en los términos de los poderes y certificado de existencia y representación legal vistos de folios 18vto a 24.

ANTECEDENTES

MANUEL HERNANDEZ JAIMES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que se declare la nulidad absoluta de los traslados efectuados del RPMPD al RAIS a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A y entre las distintas AFP que administra el RAIS, que se declare que siempre estuvo válidamente afiliado al RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES y que no surtieron los efectos legales y jurídicos que implican el traslado de RPMPD al RAIS; y como consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual, pagó de las costas procesales y las agencias en derecho, lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que inició sus cotizaciones en el RPMPD para los riesgos de IVM a través del ISS desde abril de 1988 hasta noviembre de 1996 alcanzando un total de 425 semanas, se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A, el 30 de enero de 2018 elevó solicitud ante PROTECCIÓN S.A para que le brindara toda la documentación y constancias sobre los cálculos efectuados, las explicaciones brindadas, el derecho de retracto, entre otros aspectos, como respuesta la AFP remitió copia del formulario de afiliación y señaló que no había ningún soporte documental, razón por la cual elevó solicitud de nulidad de traslado ante COLPENSIONES siéndole negada, en el momento de la afiliación no le suministraron la debida información la cual debía ser completa, clara y fehaciente respecto de las consecuencias legales y económicas que tendría el cambio de régimen pensional (fls 2-10).

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 su afiliación a cada una de ellas, las semanas cotizadas, las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad e inexistencia de causal de nulidad. (fls 46-53 sub 133-134)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A: propuso las excepciones que denominó como 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, y la genérica. (fls 80-90 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de abril de 2021, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante MANUEL HERNANDEZ JAIMES, y condenó en costas al demandante señalando como agencias en derecho a su cargo la suma de \$50.000.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia porque no era deber del afiliado demostrar la información que omitió suministrarle el profesional para convencerlo de su traslado ya que tal carga probatoria incumbe a los fondos. Entre tanto, COLPENSIONES Y PORVENIR S.A insisten en la confirmación del fallo absolutorio al no existir vicio en el consentimiento, encontrarse inmerso el demandante en la prohibición de retornar al RPMPD, sin que probara un perjuicio y en todo caso el traslado daría lugar a la descapitalización del sistema, encontrándose prescrita la pretensión.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del 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 beneficio del régimen de transición

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 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 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 a folio 17 la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media administrado por el ISS a PROTECCIÓN S.A diligenciado el 27 de noviembre de 1996 con efectividad a partir del 1° de enero de 1997, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 118, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el 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 los visitaban a su lugar de trabajo todos los fondos privados les decían que el ISS se quebraba, que se iban a quedar ahí, que si no se pasaban rápido esa plata se podía perder porque el ISS estaba quebrado, que se iban a pensionar en mejores condiciones con unos mejores ingresos que los que recibían en el ISS porque iban a ganar una rentabilidad, el ISS en ningún momento salió a defenderse simplemente los dejaron así y por el temor de quedar sin pensión por esa razón se trasladó a un fondo privado, no fue presionado pero si lo visitaban permanentemente y les metían mucho miedo respecto al ISS, les informaron que si había la posibilidad de pensionarse anticipadamente que le devolvían parte del valor del bono, que si se trasladaban pronto el ISS iba a tener como devolver el dinero a la AFP y que ellos lo ponían a trabajar en la bolsa y que por eso la rentabilidad como un valor adicional a la pensión, si les dijo que la pensión era heredable, no se acercó a las oficinas del ISS a corroborar esa información, no ha recibido asesorías por parte de PROTECCIÓN S.A.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba PROTECCIÓN S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado por su antecesora era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor MANUEL HERNANDEZ JAIMES asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de

cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PROTECCIÓN 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 RPMPD, 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 el 27 de noviembre de 1996 con efectividad del 1 de enero 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 no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos, como aquí aconteció respecto de COLPATRIA y PROTECCIÓN 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.”*

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.

COSTAS

Sin costas en esta instancia. La absolución de la primera se revoca ante el resultado de esta providencia.

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 19 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por MANUEL HERNÁNDEZ JAIMES en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

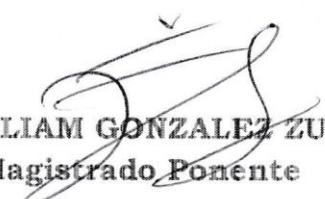
SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó el demandante MANUEL HERNÁNDEZ JAIMES a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 27 de noviembre de 1996 con efectividad a partir del 1° de enero de 1997, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., 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, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración.

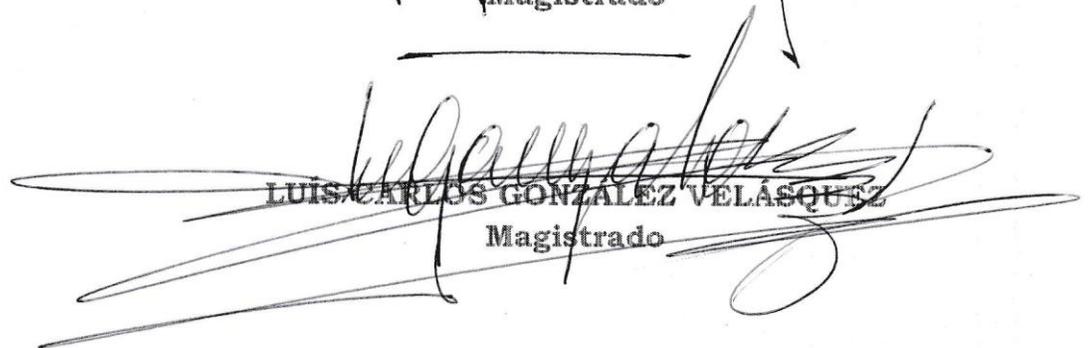
CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: REVOCAR las COSTAS de primera instancia las cuales deberán estar a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Tásense.
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. 110013105026201800155-01

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 el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 17 de marzo de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **MARTHA GLORIA GONZÁLEZ ABAD** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA quien obra en nombre y representación de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 17 vto.-19)

ANTECEDENTES

MARTHA GLORIA GONZÁLEZ ABAD, pretende que se declare que COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS la asesoró equivocadamente al afiliarla a dicha entidad y trasladarla del ISS hoy COLPENSIONES y por ello que se declare la nulidad o la ineficacia de la afiliación suscrita; y como consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladarla a COLPENSIONES junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad para que sea quien defina su solicitud pensional, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, pago de costas procesales y agencias en derecho, lo que resulte ultra y extra petita. Como pretensiones subsidiarias solicita que se condene a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a pagar una mesada pensional igual o equivalente a la que hubiese recibido en COLPENSIONES, lo que resulte ultra y extra petita; pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que nació el 12 de abril de 1961, inició su vida laboral en el ISS hoy COLPENSIONES, cotizó un total de 1.681 semanas, se trasladó del ISS a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, la razón del traslado fue la asesoría efectuada por dicho fondo la cual se basó en ofrecerle una mesada más alta al momento de llegar a la pensión de vejez, que el ISS se iba a liquidar y no realizó ninguna clase de estudio previo, omitió manifestarle sobre las posibilidades o alternativas de ahorro voluntario y cualquier otra clase de alternativa a fin de evitarle un detrimento de cara a su mesada en la pensión de vejez, en los años 2003 y 2004 COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS no envió comunicación alguna informando sobre la posibilidad de trasladarse de régimen, mediante proyección expedida por la AFP informa que tiene derecho a una pensión de \$781.242 en comparación a COLPENSIONES que sería de \$1.487.055, por lo que las promesas de tener una mayor mesada pensional no fueron cumplidas, razón por la cual elevó solicitud traslado ante COLPENSIONES siéndole negada. (fls 3-13).

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, su afiliación al ISS, las semanas cotizadas y las reclamaciones elevadas con sus respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción y caducidad, la

genérica, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fls 73- 78)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, ausencia de vicios del consentimiento. (fls 98-117)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones que denominó como prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento, la genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo. (fls 168-176 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de marzo de 2021, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS a partir de mayo de 1998, condenó al fondo COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a transferir a la administradora COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, condenó a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a las costas de esa instancia al fondo de pensiones PORVENIR S.A fijando como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (1.000.000).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que no es nulo el contrato de afiliación ya que no hubo ningún vicio en el consentimiento, y este formulario se firmó de manera libre, voluntaria y consiente, es decir que los asesores de PORVENIR S.A le manifestaron a la parte demandante de manera clara y detallada, la totalidad de las condiciones propias del traslado de régimen pensional, así como las consecuencias que le acarrearía la misma, recalcando que no se condene en gastos de administración y sumas previsionales porque esto resulta improcedente puesto que la AFP ya ha pagado esas sumas en seguros que está obligada

a contratar, es decir que estas cantidades de dinero ya no están en el poder de PORVENIR. Por su parte, el demandante, solicita que se confirme la decisión en primera instancia ya que se encuentra ajustada a derecho y de conformidad con las pruebas que obran en el expediente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consultaalzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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 beneficio del régimen de transición 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 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 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 129 certificación expedida por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS en la que informa que la demandante se encuentra afiliada a dicho fondo desde el 26 de julio de 2007, fecha de suscripción y con fecha de efectividad 1° de septiembre de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 118, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el 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 fueron a la empresa varios de PORVENIR S.A a dar una conferencia que duró solo 10 minutos pero no hablaron de pensión sino de cesantías y el formulario que se le entregó era exclusivamente para cesantías y fue lo único que aprobó porque no quería trasladarse, solo le hablaron de las cesantías que era más rentable que era una entidad seria y que convenía un poco más para pasar mis cesantías a PORVENIR S.A, el formulario en la parte de abajo decía que era para cesantías y pensiones, ella solo quería cesantías no quería trasladar su pensión pues no entendía mucho del tema, fue rápido como diligenció el formulario, no le indicaron las características de PORVENIR S.A, cuando se trasladó a COLFONDOS S.A fue porque ahí sí le hablaron de pensión que había rentabilidad, que podía escoger la edad de la pensión siempre y cuando tuviera un monto que se adaptara a su forma de vida, tenía la posibilidad de que si quería pensionarse le devolvieran ese monto y lo podía invertir en otra cosa, era algo bueno y le decía que el ISS iba a desaparecer, en el año 2015 ella se entera que la liquidación de su pensión iba hacer muy baja a la que le daban en COLPENSIONES, se sintió engañada porque todo lo que le habían dicho era mentira, ya que pensaba que se estaba trasladando del ISS a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS obligada en

demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado por su antecesora 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 MARTHA GLORIA GONZÁLEZ ABAD asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS 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 RPMPD, 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 PENSIONES Y CESANTÍAS el 26 de julio de 2007 con efectividad el 1º de septiembre de ese año 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 fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

COSTAS

Sin costas en esta instancia. 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

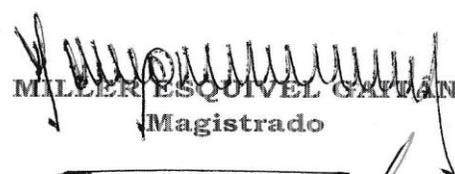
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de marzo de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por MARTHA GLORIA GONZÁLEZ ABAD en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

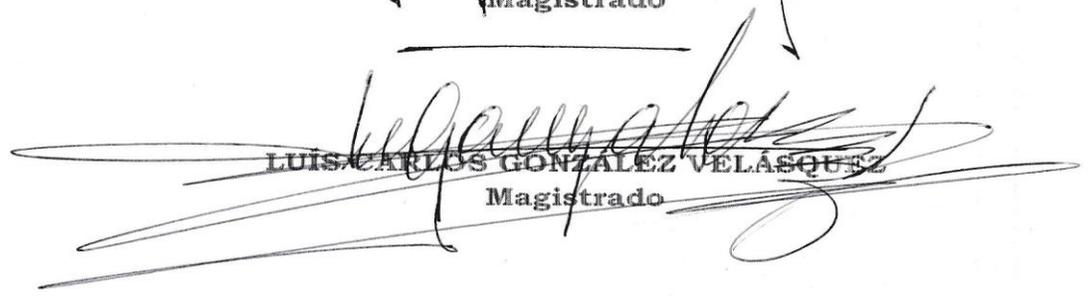
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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. 110013105022201900726-01

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 Dres. 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.

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 14 de julio de 2021 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ZOLANGUIE ARALLY SALAS ZAMBRANO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderado sustituto al Dr. JHEISSON SANTIAGO GARZÓN PIAMONTE en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 16 a 19.

ANTECEDENTES

ZOLANGUIE ARALLY SALAS ZAMBRANO, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada a PROTECCIÓN S.A el 1° de febrero de 1995 por haberse incumplido los deberes de información suficiente y cierto previo al traslado y de buen consejo durante el tiempo que permaneció, que se declare que PROTECCIÓN S.A al momento de la afiliación no le informó de manera clara y por escrito sobre el derecho de retractación, que omitió informarle que con ocasión a la ley

797 de 2003 podía trasladarse de régimen de pensiones cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad de 57 años, que omitió las obligaciones contempladas en el Decreto 656 de 1994, como la buena fe, transparencia, vigilancia y deber de información antes del momento de la afiliación y durante el tiempo en que ha permanecido afiliada en dicha AFP, que incumplió las obligaciones contempladas en el Decreto 663 de 1993 numeral 1° del art 97, que se declare válida y vigente la afiliación a COLPENSIONES como administradora del RPMPD; y como consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A a liberar de sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y cuotas de administración como lo dispone el art 1746 del C.C, esto es, los rendimientos que se hubieren causado con el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES, condenando a esta última entidad como única administradora del RPMPD a activarla como afiliada cotizante, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 10 de marzo de 1996, empezó su vida laboral el 29 de septiembre de 1987, se afilió al ISS hasta 1995 fecha en la cual se trasladó a PROTECCIÓN S.A, cotizó al RPMPD 338,57, un asesor comercial de dicha entidad la visitó en su trabajo y le informó que el ISS iba a ser liquidado o intervenido por el Estado y que por ello sus aportes pensionales estarían en riesgo, pero no le mencionó las implicaciones de trasladarse de régimen pensional y la naturaleza propia de dicho régimen de capitalización, ni las desventajas de afiliarse al RAIS, tampoco sobre el derecho de retracto, entre otros aspectos, se acercó a la AFP PROTECCIÓN S.A con la finalidad de que la asesoraran sobre su futura mesada pensional a la edad de los 57 años donde le informaron que sería de un SMLMV, razón por la cual elevó solicitud para que se activara su afiliación ante COLPENSIONES siéndole negada. (fls 43-70 sub 78-107)

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 y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con la edad, su historia laboral, semanas cotizadas, que para el 1° de febrero de 1995 estaba vigente el Decreto 1161 de 1994, la reasesoría de PROTECCIÓN S.A, las solicitudes elevadas ante COLPENSIONES con su respectiva respuesta.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, propuso las excepciones que denominó como errónea e indebida aplicación del art 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD,

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 del orden público y la genérica. (fl 113-133 vto)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN 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, 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 la prima de 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 y la genérica (fls 135-151)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de julio de 2021, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado efectuado al RAIS acaecido 20 de enero de 1995, se ordenó a PROTECCIÓN 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 pensional de la actora, se declaró no probada las excepciones propuestas por las demandadas, se condenó en costas a PROTECCIÓN S.A a la suma de un (1) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas interpusieron recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se acceda a sus pedimentos conforme los siguientes argumentos:

PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A respecto a la orden de trasladar los gastos de administración hacia COLPENSIONES, porque se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual descuentos realizados conforme a la ley como contraprestación a una buena administración como es legalmente permitido, asimismo se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez, además estaría recibiendo un capital por un dinero que nunca administró y se le estaría trasladando

los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de las buenas gestiones realizada por PROTECCIÓN S.A por lo que tiene derecho a conservar esa comisión como restitución mutua a su favor y no hay razón para su traslado a COLPENSIONES, ello por cuanto, consecuencia de la ineficacia del traslado es que las cosas vuelvan a su estado anterior y en tal orden, se entiende que el contrato nunca existió, que PROTECCIÓN no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual estos rendimientos no se causaron y por consiguiente no existió un cobro de administración, frente al cobro del 3% destinado para la comisión de administración y para financiar las primas de seguro previsional opera la prescripción toda vez que es un concepto que se va descontando con periodicidad que impone la ley y no financia directamente la prestación económica por vejez.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- porque no comparte la interpretación de prescriptibilidad que la jueza de primera instancia realizó, amén de que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para retornar al RPMPD y en todo caso en el RAIS tiene garantías distintas a la que tiene el RPMPD y también será pensionada por vejez en este fondo, es decir ningún derecho pensional está siendo limitado o extinguido o prescrito, siendo que lleva más de 15 años sin cotizar al RPMPD y en ese sentido sus cotizaciones no ayudaron a engrosar la sostenibilidad financiera. De otra parte, frente a la valoración probatoria se deja dilucidar que la aquí demandante no alega la falta del deber de información, sino que la principal motivación que da en este proceso es incrementar el valor de su mesada pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia toda vez que se tuvo como probados los hechos de la demanda. Por su parte, PROTECCIÓN S.A insistió en la revocatoria del fallo porque lo descontado por comisión de administración constituye un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES al no estar destinada a la financiación de la pensión de vejez, no integrando los haberes que conforman las restituciones mutuas. Por último, COLPENSIONES reiteró que la parte actora está incurso en la prohibición de retornar al RPMPDS, no acreditó ninguno de los vicios del consentimiento, habiendo vertido su consentimiento en el formulario de afiliación, propiciando el traslado la descapitalización del Sistema General de Pensiones, por lo que peticiona su absolución.

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 la permanencia en el RAIS por más de 15 años sana la nulidad del traslado de régimen **iii)** si el interrogatorio de parte fue debidamente valorado determinando si con ello se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iv)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD., y **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. 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 de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 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 del 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 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 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 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a PROTECCIÓN S.A diligenciado el 20 de enero de 1995 con fecha de efectividad del 1 de febrero del mismo año, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se trasladó a PROTECCIÓN S.A, lo que manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, entró a trabajar a una entidad bancaria en vista de la necesidad que tenía en ese momento gestión humana los reunió en una sala les hicieron la respectiva afiliación no hubo otra opción de fondo de pensiones en la empresa debía ser directamente a PROTECCIÓN S.A eso era lo que les decían en ese

momento, firmaron y eso fue todo, la reunión fue inmediata ya estaba todo listo los contratos de afiliaciones y de una vez los hicieron firmar, era un grupo grande no hubo explicación alguna, en el momento de la afiliación era el ISS y CAJANAL como solamente tenía PROTECCIÓN S.A o CONAVI y eran del mismo grupo entonces les hicieron la afiliación les indicaron también que no existía CAJANAL o ISS y que tenían que afiliarse directamente a PROTECCIÓN S.A no había otra entidad para afiliarlos, no tenía conocimiento que era una entidad privada, el asesor solo dijo firme acá y ya, no le explicaron nada sobre las características de ambos regímenes.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PROTECCIÓN S.A estaba 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 ZOLANGUIE ARALLY SALAS ZAMBRANO 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. Máxime cuando la permanencia en el RAIS por más 15 años no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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 RPMPD, 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 el 20 de enero de 1995 con

fecha de efectividad del 1 de febrero del mismo año, 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.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura la imposibilidad de la 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 en la sentencia SU062/10, por no contar la afiliada con más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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 ibidem-.

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 bien, 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.

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.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. 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 14 de julio de 2021 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ZOLANGUIE ARALLY SALAS ZAMBRANO en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍA PROTECCIÓN S.A - PROTECCIÓN S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

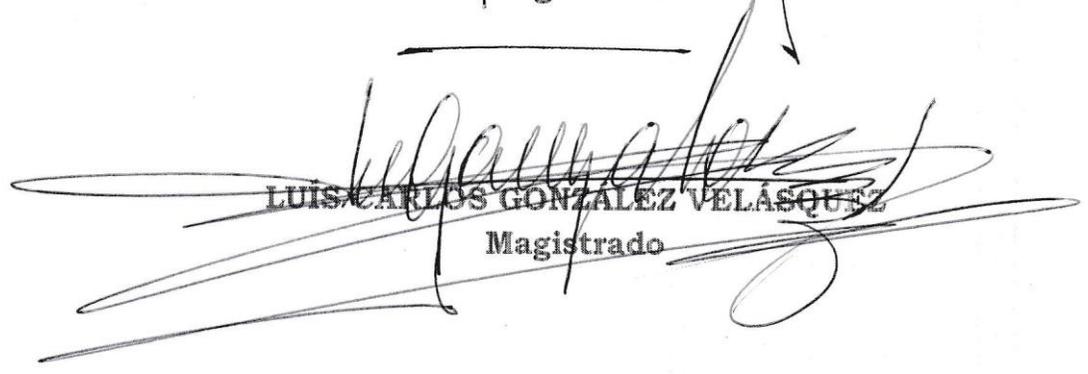
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.oo. para cada una. Las de primera instancia se confirman.

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. 110013105017201900484-01

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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 21 de junio de 2021 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JIMMY TROYA DULCE** 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.

ANTECEDENTES

Jimmy Troya Dulce pretende que se declare la nulidad de la vinculación efectuada a Porvenir S.A.; que se ordene a dicha AFP a retornar al demandante al RPM, enviando el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en su cuenta pensional, a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales; que se ordene a Colpensiones a aceptar el demandante en el

RPM como si nunca se hubiese trasladado de régimen; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que desde el inicio de su vida laboral estuvo vinculado legalmente al antiguo ISS; que para el 18 de mayo de 2001, suscribió formulario de afiliación y traslado de régimen con Porvenir S.A., a través de asesores que no tenían amplios e idóneos conocimientos en temas de seguridad social, y que indujeron al actor de manera inequívoca a efectuar el traslado, manifestándole que no perdería los beneficios pensionales, sin que le indicaran cuales serían los eventuales riesgos que podía tener al vincularse con la AFP, y sin que se le hubiese realizado una simulación o comparación del valor de la mesada pensional.

Asimismo, aduce que el entonces ISS y Caprecundi, no realizaron ninguna gestión para desvirtuar los argumentos, y que la decisión del traslado, no le fue comunicada a la empresa en la que trabajaba como lo ordena el artículo 128 de la Ley 100 de 1993.

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 empresa en la que laboró el actor, las afiliaciones efectuadas al ISS y a Porvenir S.A., y las peticiones presentadas. Porvenir S.A. en su totalidad manifestó no ser ciertos o no constarles.

COLPENSIONES propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica.

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 21 de junio de 2021, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por las demandadas; declarar que el traslado del señor Jimmy Troya Dulce al RAIS administrado por Porvenir S.A. fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declarar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPM a cargo de Colpensiones, y que

dicha entidad está en la obligación legal de convalidar su vinculación, sin solución de continuidad; ordenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la vinculación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, sin autorizar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por Porvenir S.A. de su propio patrimonio; ordenar a Colpensiones a recibir el traslado de fondos a favor del demandante que efectúe Porvenir S.A., y convalidarlos en su historia laboral; condenar en costas a ambas demandadas, disponiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

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

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., sustenta su recurso, manifestando que los efectos referentes a la declaratoria de ineficacia de traslado que alega la parte actora, consignados en la sentencia de primera instancia, se ajustan al pronunciamiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, que al momento de adoptar la decisión, se dejan de lado aspectos importantes, en cuando la línea jurisprudencial de dicha corporación, establece un contexto en que los demandantes tienen beneficios pensionales al momento en que realizaron el traslado, que tenían una densidad de semanas considerables, o que renunciaban al régimen de transición, criterios de la Sala Laboral, para centrar las diferentes etapas de información.

Refiere que en la primera etapa, la exigibilidad de las AFP se centraba en que debían indicarle a los posibles afiliados, si renunciaban a algún beneficio pensional, así como las características del régimen, pues el deber del buen consejo y de la doble asesoría surgen con posterioridad, por lo que el a quo realiza una exigencia que no se encontraba vigente, pues bien, según lo indicado por el demandante en el interrogatorio de parte, se le indicó que podría optar a una mesada adicional, lo cual era una característica existente, sin que sea desinformación. Igualmente, no existía obligación de tipo documental, que partiera de una mala fe, menos aún, cuando el formulario no fue tachado de falso, que permitiera inferir que no recibió una asesoría.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, indica que es evidente que el traslado de aportes

realizado por solicitud del demandante se realizó con su plena voluntad, quien por decisión propia requirió suscribir el formulario de afiliación, cumpliendo con el total de los requisitos; adicionalmente, que la normatividad permite elegir el régimen en el cual se pretende estar afiliado, disponiendo una prohibición de retorno cuando se encontrare a menos de 10 años para solicitar la pensión de vejez, situación en la que se encuentra el demandante. Asimismo, aduce el apoderado que no se tomó en consideración que para la época en que se dio la afiliación, la información que aduce la sentencia, no se encontraba vigente, y no puede entenderse que las normas que ahora la regulan tienen efecto retroactivo.

Por último, solicita la revocatoria de la condena en costas, por cuanto la decisión de no trasladar los aportes, no se debe a ninguna otra cosa, sino al principio de legalidad y de buena fe, por lo que no procede dicha condena.

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 Troya 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, 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.

Aduce que no es viable imponerle cargas distintas a la entidad, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituiría una violación al debido proceso y a la confianza legítima, aunado a que siempre se le garantizó el derecho de retracto, conducta que se comprueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004.

Que por otra parte, no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b, del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor esta destinado a financiar la prestación del afiliado.

Igualmente, la parte **actora** remite alegatos de conclusión, solicitando confirmar el fallo proferido por el juzgado de conocimiento, por cuanto el derecho pensional mantiene desde el punto de vista constitucional, un gran desarrollo normativo que obliga a las autoridades del Estado a una total protección, siéndole al accionante mas favorable la pensión en el RPMPD, lo que de alguna forma menguaría y aliviaría las exigencias de su nivel de vida y las condiciones propias de la vejez.

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 es presupuesto para la declaratoria de la nulidad ser beneficiario de régimen de transición y contar con una expectativa legítima de pensión, **iv)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, 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).

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 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, 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 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 144 obra copia del formulario de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a Porvenir S.A., diligenciado el 18 de mayo de 2001, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente recibió interrogatorio de parte del demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, indicó que en el año 2001 se hizo el traslado a Porvenir S.A., que se acercaron unos asesores, con quienes conversaron, y dieron unas explicaciones sobre el traslado; que les dijeron que si se vinculaban, la AFP les daría una pensión superior a la del ISS, que estuvo con ellos alrededor de media hora; que no leyó el formulario de afiliación; que no le indicaron como podría pensionarse con un monto mayor; que el asesor no le indicó que los aportes irían a una cuenta de ahorro individual, ni que podría hacer aportes voluntarios; que no entiende los extractos que le son remitidos por Porvenir S.A.; que en alguna ocasión acudió a las instalaciones de la AFP demandada y pidió una asesoría, donde se le indicó que no se le daría información, si no

hasta el momento en que se fuese a pensionar; que tiene entendido que el monto de su pensión sería de un salario mínimo, sin que dicha información se la hubiese suministrado Porvenir S.A.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al 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 al señor Jimmy Troya Dulce 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 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 RPMPD, 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 18 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, sin que en el simple diligenciamiento del formulario de afiliación en el que se encuentra impresas manifestaciones como “*la afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otras leyendas similares resulte suficiente para dar por demostrado el deber de información, sino que a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no informado (SL 19447-2017).

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.

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,

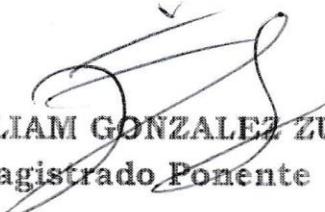
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 21 de junio de 2021 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, promovido por Jimmy Troya Dulce 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. 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

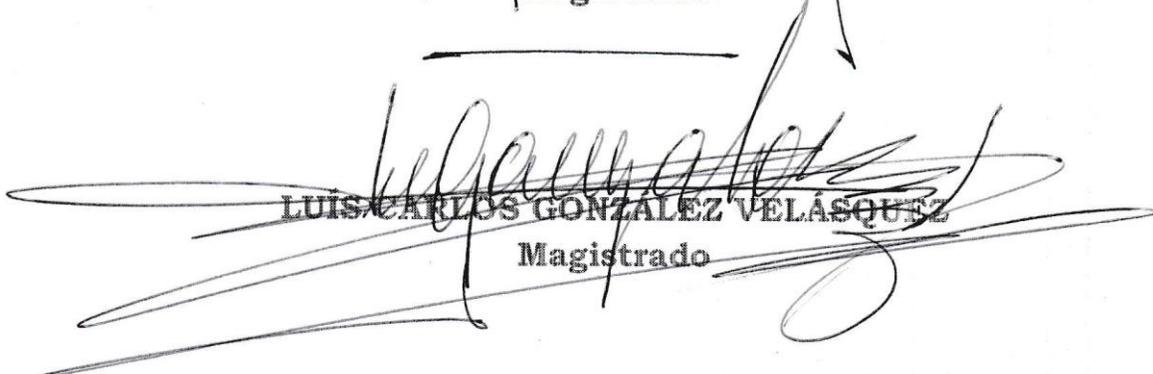
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GATTÁN
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. 110013105022201900571-01

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 las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 27 de julio de 2021 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **JULIA MARIA TOBON MARIN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderado sustituto al Dr. NICOLAS RAMÍREZ MUÑOZ en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folios 9-12., así como también se reconoce personería como apoderada principal de PORVENIR SA a la Dra. ANGELICA MARÍA CURE MUÑOZ y como apoderado sustituto al Dr. DANIEL FELIPE RAMÍREZ SÁNCHEZ conforme a los poderes y el certificado de existencia y representación de folios 17 vto a 23.

ANTECEDENTES

JULIA MARIA TOBON MARIN, pretende que se declare que fue inducida a grave error por parte de PORVENIR S.A al haber omitido información completa, veraz, oportuna e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con la decisión de su traslado al RAIS; que se declare ineficaz la afiliación a PORVENIR S.A y vigente al RPMPD administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad; y como consecuencia, se condene a PORVENIR S,A a comunicar a COLPENSIONES la ineficacia de la afiliación; se condene a esta última entidad a tenerla como afiliada; se condene a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes cancelados al RAIS desde el 1° de enero de 2003 por indebida afiliación; que se condene a PORVENIR S.A a incluir dentro de los aportes a devolver a COLPENSIONES el ciento por ciento de los valores efectivamente cancelados por la indebida afiliación al RAIS con los rendimientos que por ellos se han generado y a trasladar a COLPENSIONES la historia laboral por el tiempo cotizado al RAIS; pagó de costas, gastos, agencias procesales y demás sumas de dinero que resulten probadas dentro del proceso; lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 10 de abril de 1960; se afilió al ISS hoy COLPENSIONES en forma interrumpida entre el 4 de septiembre de 1984 y el 31 de diciembre de 2002 con un total de 269,57 semanas cotizadas; tenía una expectativa legítima de pensionarse a los 57 años de edad con 1300 semanas cotizadas; elevó solicitud de traslado del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A; en el momento de la asesoría la AFP no le entregó información necesaria en la exposición de razones debidamente sustentadas para garantizar su derecho a la toma correcta de la decisión de elección de régimen pensional; no se le entregó proyecciones del monto de la pensión que le correspondería en el RAIS; tampoco sobre las ventajas y desventajas que se podría originar por el traslado; sí se le manifestó que se podría pensionar a la edad que quisiera con el valor de la mesada pensional, que no afectaba las expectativas que traía, que el ISS iba a desaparecer y por ende podría verse afectada; no le informaron sobre el impedimento que se le presentaría al cumplir los 47 años de edad para regresar al RPMPD; según los cálculo de la pensión de vejez en el RAIS con 62 años de edad su pensión sería de 1 SMLMV con tasa de reemplazo de 23,55% y en el RPMPD sería de \$2.713.197 con una tasa de reemplazo del IBL de 63,25%; y, ha elevado solicitudes de nulidad de traslado a las demandadas siéndole negadas. (Fls 27-33 vto).

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 afiliación a PORVENIR S.A y las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones que denominó como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls 53-73)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de julio de 2021 el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia del traslado efectuado al RAIS acaecido 15 de noviembre de 2002; ordenó a PORVENIR S.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 pensional de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y condenó en costas a PORVENIR S.A a la suma de un (1) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES interpusieron recursos de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia, en los siguientes términos:

PORVENIR S.A., porque se realizó válidamente su traslado de manera libre, voluntaria, sin presiones e informada ya que recibido una asesoría por parte de BBVA hoy PORVENIR S.A actuando de conformidad con los lineamientos y cargas de información que le eran atribuibles por mandato legal, por lo que en tal sentido no existía deber de informar por escrito sobre los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes pensionales ni era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito de uno u otro régimen, de ahí que no hay lugar a la nulidad del traslado pues recibió la información a través de la asesoría, firmó el formulario de afiliación el cual

cumplía con los requisitos de ley, en cuanto a los gastos de administración no es coherente que se apliquen las consecuencias de la nulidad sobre unos aspectos y sobre otros no, ya que se debe retrotraer todo a su estado anterior, y por ende los rendimientos dados por la administración de los recursos tampoco se habrían generado.

COLPENSIONES, teniendo en cuenta que no se evidencia en el interrogatorio que se haya hecho incurrir en error por falta de deber de información o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, al contrario, la demandante manifestó que su traslado se hizo de manera libre y voluntaria, asimismo no reúne los requisitos legales para regresar al RPMPD porque no está cobijada por el régimen de transición, estando incurso en la prohibición legal de retornar lo cual afectaría el principio de sostenibilidad financiera.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal COLPENSIONES insistió en la revocatoria de la sentencia de primera instancia por cuanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, habiéndose trasladado de manera libre y voluntaria al suscribir el formulario de afiliación, no se retractó y no probó ningún vicio en el consentimiento. Entre tanto, PORVENIR S.A también solicitó la revocatoria pues el traslado fue voluntario siendo válido, sin que para la fecha en la que se materializó el mismo se encontrara en cabeza de la AFP el deber de buen consejo, no siendo procedente la devolución de los gastos de administración. Por último, la parte actora petitionó la confirmación toda vez que el fondo contaba con la información completa y detallada sobre su historia laboral pero no le brindó la información idónea.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en 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 es presupuesto para declarar la nulidad ser beneficiario del régimen de transición; **iii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iv)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema y **v)** sí 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 PORVENIR 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 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 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, 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 estudiarse que la carga de la prueba le corresponde 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 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 74 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media

administrado por el ISS a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado el 15 de noviembre de 2002, con fecha de efectividad del 1° de enero de 2003, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 76). De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que en su lugar de trabajo la llamó la auxiliar de admisiones para que saliera un momento que la necesitaba un señor en el área de admisiones quién le contó los beneficios que podía obtener a través del bono pensional y del aumento de la pensión, que existía la posibilidad de hacer un cambio inmediato de todo esto dónde tendría grandes beneficios, iba a obtener una pensión mucho más rápido y no iba a tener riesgos como en el ISS, como estaba con un paciente se sintió presionada y miró que los demás compañeros de la oficina estaban siendo llamados para lo mismo, ella inmediatamente le dijo listo donde tengo que firmar, el asesor le dijo esto es para su beneficio va hacer lo mejor para usted, le dio gran tranquilidad que las demás personas lo estaban haciendo, por ello lo firmó de manera libre pero no siente que fue informada sobre lo que estaba firmando, el asesor le dijo que se podía pensionar antes y que podía tener un mayor ahorro, aunque no le dijo que tenía una cuenta de ahorro a su nombre, ni que sus aportes generaban unos rendimientos económicos, tampoco sobre los beneficios de pensionarse en el RAIS.

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 BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy 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 JULIA MARIA TOBON MARIN 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 él 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 BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A 15 de noviembre de 2002 con fecha de efectividad a partir del 1º de enero de 2003 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.

Últimamente, en vista que la apoderada de PORVENIR S.A se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de

ahorro individual de la demandante distintos al capital y los rendimientos tales como gastos de administración; basta indicar que ninguna razón le 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 sólo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones*” (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).”

Y es que 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.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES al resultarles desfavorables sus recursos. 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 27 de julio de 2021 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por JULIA MARIA TOBON MARIN en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una de ellas. 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030201900817-01

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 interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 6 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JORGE ANTONIO ACOSTA BOCANEGRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva al Dr. Winderson José Moncada Ramírez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.232.398.851 y tarjeta profesional 334.200 del C.S.J., como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Jorge Antonio Acosta Bocanegra promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, pretendiendo que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada a finales de diciembre de 1998 con Colfondos S.A., y que como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, y se tenga al demandante entre sus afiliados del RPM, como si nunca se hubiese trasladado en virtud del regreso automático; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 28 de noviembre de 1956; que se trasladó del RPM al fondo privado

de pensiones Colfondos S.A., a finales del año 1998, a través de un asesor comercial que no le brindó la información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes, sin que se hubiese hecho un estudio de su situación particular.

Refiere que la AFP demandada le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida , estableciendo que para inicios del año 2019, la mesada pensional teniendo 62 años de edad, sería de \$2.300.000; que posteriormente, efectuada la misma simulación con el RPM, se determinó que su mesada sería para el año 2018, de \$4.007.397.

Que pese a elevar petición ante Colpensiones solicitando la ineficacia del traslado, dicha entidad se negó a la pretensión.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas Colfondos 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, salvo los relacionados con la reclamación administrativa por el demandante, y la respuesta emitida.

Colfondos S.A. frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con el traslado efectuado en 1998, la fecha de nacimiento del demandante, y la simulación pensional realizada.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, 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 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de abril de 2021, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar ineficaz el traslado de régimen pensional realizado por el demandante Jorge Antonio Acosta del Instituto de Seguros Social a Colfondos S.A., que tuvo efectividad a partir del 1 de enero de 1999; declarar válidamente vinculado al demandante al RPM administrado por Colpensiones; condenar a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de

administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, es decir, desde que cobró efectividad el traslado a partir del 1 de enero de 1999 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos, es decir, los costos por concepto de administración, deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; ordena a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante Jorge Antonio Acosta, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM, declarando no probadas las excepciones propuestas y sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandada Colpensiones S.A. interpuso recurso de apelación, indicando que en el presente caso, el a quo manifestó que no hubo información completa, suficiente, clara, comprensible y oportuna, desconociendo que la información que se le brinda a los afiliados ha tenido diferentes etapas a lo largo del tiempo, por lo que el análisis de lo suministrado por los fondos de pensiones y el alcance de la asesoría, debe ser valorada bajo la normatividad vigente para la fecha de la suscripción del formulario, o de la realización del traslado, no razonable ni jurídicamente válido, imponer a las AFP obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento vigente al momento del traslado de régimen, pues tal exigencia desvirtúa el principio de la confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y del debido proceso, no consisten simplemente en la posibilidad de defensa, o en la oportunidad para interponer recursos, sino el ajuste a las normas preexistentes.

Aduce que en el presente caso, el demandante recibió una asesoría por parte del fondo privado, con el lleno de los requisitos legales para el momento en que se hizo dicha afiliación, conforme el Decreto 692 de 1994, que el señor Acosta de manera libre y voluntaria suscribió el formulario de afiliación y del cual no efectuó retracto alguno, aun teniendo la oportunidad, evidenciándose su negligencia, y no justifica la carga que se le impone a Colpensiones, tercero de buena fe, aun cuando el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones remitió alegatos de conclusión, indicando que de los procesos de ineficacia se ha concluido que las sentencias condenatorias imparten una justicia incompleta o parcialmente desacertada, ya que reconoce el derecho del afiliado a retornar al RPM, pero que dicha decisión afecta gravemente los derechos de Colpensiones, debiendo aceptar la afiliación, actualizar la historia laboral y reconocer la prestación pensional cuando se cumple con los requisitos del afiliado.

Asimismo, aduce que en el presente caso el demandante se encuentra afiliado al RAIS desde su traslado en 1999, y las cotizaciones realizadas desde dicho año dejaron de ser utilizadas por Colpensiones para cubrir las pensiones de las personas mayores que han cumplido sus requisitos, afectando el ciclo piramidal, aunado a la prohibición de traslado cuando el afiliado se encuentra a menos de 10 años de cumplir la edad para pensionarse.

La parte actora remitió igualmente alegatos de conclusión dentro del término, indicando que se actuó bajo el principio de la buena fe, el cual fue quebrantado por los asesores de Colfondos S.A., pues la información suministrada no fue la realmente adecuada para que se hubiese percatado de las consecuencias que podría acarrear el traslado realizado, confiando en el asesor, persona que se presume está capacitada y tiene conocimiento sobre los pormenores relacionados con el sistema general de pensiones.

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, y **ii)** 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 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 la demandada Colfondos no allegó el formulario de afiliación suscrito por el aquí demandante, ni documental alguna que sustentara la asesoría prestada a la parte actora. Igualmente, se tiene que dichas documentales no fueron decretadas de oficio, por cuanto dicha AFP se allanó en la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., de todas las pretensiones de la demanda.

Igualmente, dentro del curso del proceso, el demandante absolvió interrogatorio de parte, quien indicó que actualmente no se encuentra pensionado, que vive de sus ahorros, y de la ayuda de sus hijos; frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio el traslado de régimen, indica que en el año de 1998 se encontraba laborando en la empresa Coinversal, en el cargo de director comercial; que para la fecha fueron los asesores de Colfondos S.A. a ofrecerles un proyecto en el que les garantizaban que la pensión era igual o superior a la que brindaba el ISS, entidad que se quebraría, al no tener los suficientes montos para pagar las pensiones, y que, ellos su expectativa sería el 80% del salario que percibían.

Asimismo, indica que no se acercó al ISS a buscar una nueva asesoría; que no le indicaron que podría retractarse de la vinculación realizada; que su motivación para retornar al RPM se da por la frustración, humillación, y al sentirse traicionado, por cuanto al solicitar una pre liquidación de lo que sería la pensión, resultó una suma casi irrisoria. Que posteriormente, solicitó nuevamente una simulación, donde le indicaron que el monto sería inferior al que previamente se le manifestó.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al 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 Jorge Antonio Acosta 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada Colfondos S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor 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.

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 la recurrente dado el resultado adverso de su apelación.

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 6 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **JORGE ANTONIO ACOSTA BOCANEGRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **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 la recurrente COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

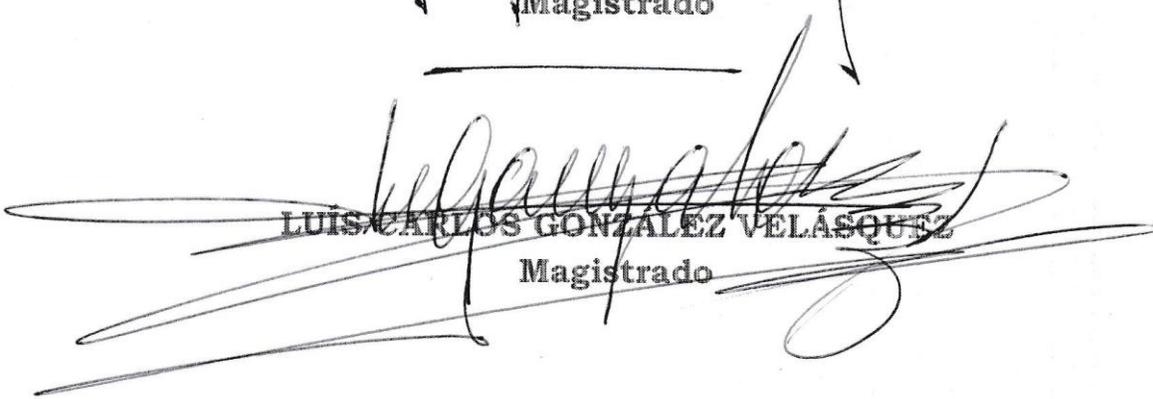
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado