



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007202000384-01

En Bogotá D.C., hoy Diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 21 de febrero de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HECTOR JARA HERNANDEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

HECTOR JARA HERNANDEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, para que se declare se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el día 19 de abril de 1999, porque no se le estructuró un consentimiento informado, libre de todo vicio, en atención a la ausencia de documentación e información que proyectara las desventajas de su traslado desde el RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS; que como consecuencia de la anterior declaratoria, solicitó que se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a realizar todos los trámites administrativos tendientes al regreso automático o traslado de los aportes que aparecen registrados en

dicho fondo a su favor Y que devuelva todas las sumas de dinero recibidas con motivo de la afiliación y/o traslado ineficaz, como lo son: Cotizaciones, bonos pensionales, con sus respectivos rendimientos financieros e intereses moratorios con destino al RPMPD, administrado por COLPENSIONES; que en resultado de lo anterior se ordene a COLPENSIONES a recibir los aportes, bonos pensionales, cuotas de administración y rendimientos provenientes de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., por todo el tiempo de cotización; que se condene a la demanda SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. al pago de las costas y gastos del proceso por haber dado lugar al perjuicio sufrido en virtud del engaño; finalmente solicito que se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita que resulte probado dentro del proceso.

Indicó que en caso de no acceder el despacho a la pretensión principal de Ineficacia de la afiliación y consecuente traslado a COLPENSIONES; que declare se declare que la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., lo hizo incurrir en error al hacer una proyección equivocada y amañada lo cual influyó en su decisión de traslado a dicho fondo pensional; que como consecuencia de lo anterior se condene a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a pagarle de manera vitalicia, a título de indemnización de perjuicios, el valor completo de la mesada que le correspondería en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, lo anterior teniendo en cuenta que en la actualidad cuenta con las semanas cotizadas y la edad para acceder a su pensión de vejez.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el día 03 de marzo de 1957 por lo que en la actualidad cuenta con 62 años de edad; indicó que inició su vida laboral hacia el año de 1979, afiliándose al RPMPD, del sistema general de seguridad social en pensiones administrado en ese entonces por el SS hoy COLPENSIONES; que dicha afiliación al ISS se mantuvo vigente por más de 20 años, periodo comprendido entre junio de 1979 hasta septiembre de 1999, con una sumatoria aproximada de 595 semanas; advirtió que para ese entonces, esto es, septiembre de 1999 y debido a un mal asesoramiento por parte de un asesor comercial de la demandada PORVENIR S.A., consistente básicamente en efectuar un mal cálculo de la proyección pensional, decidió efectuar el traslado de régimen, manifestó que según el cálculo y la explicación del asesor resultaba casi lo mismo pensionarse en el RAIS que en el RPMPD, que la afiliación al RAIS le ofrecería mayores ventajas en materia pensional que las ofrecidas por el RPMPD, que dentro de las supuestas ventajas estaba la de poder pensionarse cuando él lo quisiera, incluso antes del cumplimiento de la edad que exigía el ISS y obtener una mesada pensional por una mayor cuantía, por los supuestos rendimientos que no existían en el RPMPD, expresó que no le brindó una asesoría completa y clara, que inclusive la proyección que le entregó, denota que no hubo una proyección individual del salario con sus correlativos aportes a la hora que se concretara su respectivo derecho pensional, que no fue una comparación seria y veraz con los requerimientos técnicos y financieros que se manejan en el RAIS y que claramente no se atenían a la realidad de su situación, puesto que ninguno de los beneficios mencionados se concretarían con base en la asesoría u orientación desplegada por el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., advirtió que llegó a esta conclusión cuando pudo

comprender con una debida orientación tanto legal como financiera, mucho tiempo después de haber optado por trasladarse al RAIS administrado por la entidad demanda, que este traslado engañoso, se materializó a través del formulario denominado solicitud de afiliación No. 0137196 diligenciado el 01 de septiembre de 1999, que cuando ocurrió el traslado, del ISS a PORVENIR S.A., los funcionarios del ISS nunca le informaron sobre los beneficios de que gozaba en el RPMPD, ni sobre las consecuencias que tendría dicho traslado y la pérdida de estos beneficios, que tampoco se le hizo comparativo de las ventajas y desventajas de cada régimen; señaló que con todas estas irregularidades descritas, no se produjo en su traslado al RAIS, un acto jurídico libre, consciente y voluntario, teniendo en cuenta que su decisión no fue producto de una información completa, clara y veraz, que ningún asesor lo oriento integralmente acerca de los riesgos y desventajas que implicaba un traslado de régimen en esas condiciones; que fue orientado de manera errada en cuanto a unos beneficios ilusorios que no se fundaban en parámetros técnicos, ni financieros reales; que además nunca se le explicó las consecuencias que traería dicho traslado.

Manifestó que actualmente, con base en las proyecciones pensionales efectuadas por un financiero y además por PORVENIR S.A., se hubiera pensionado a los 62 años (los cuales ya se encuentran cumplidos) con una pensión aproximada de \$1.358.800 en tanto que de haber seguido cotizando al ISS hoy COLPENSIONES, su pensión ascendería a la suma aproximada de \$2.589.648, sobre la base de un IBL cotizado durante los últimos 10 años de cotización, que por lo anterior se hace evidente la desmejora en su mesada pensional; que consecuentemente con las omisiones de la demandada PORVENIR S.A., decidió radicar el día 27 de enero de 2020 derecho de petición solicitando la nulidad del traslado y/o afiliación al RAIS, por no mediar un consentimiento libre e informado, indicó que mediante comunicación de fecha 05 de febrero de 2020 la entidad demandada procede a dar respuesta a dicha petición, donde manifestó que no era procedente y afirmando que la afiliación era válida, sin ahondar en más consideraciones; que posteriormente radicó ante COLPENSIONES, Derecho de petición en fecha 28 de septiembre de 2020 con el fin de que se procediera a recibirlo nuevamente dentro del RPMPD, habida cuenta de las omisiones y maniobras engañosas en las que incurrió PORVENIR S.A., al momento de efectuar el correspondiente traslado al RAIS, entidad que dio respuesta a través de oficio de fecha 1 de octubre de 2020, que así mismo COLPENSIONES emitió respuesta a la solicitud, manifestando que lo solicitado no era procedente; finalmente enunció que en la actualidad el devenga un salario promedio de \$5.634.768, por cuenta de su vinculación en la Contraloría de Bogotá.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 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 e innominada o genérica. (Archivo 11 fls. 21 a 39).

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. (Archivo 14 fls. 21 a 23).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de febrero de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: El señor HÉCTOR JARA HERNÁNDEZ con la AFP PORVENIR SA el 1° de septiembre de 1999 contenida en el formulario No. 0066799. Ordenó a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el actor, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, donde debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados. Ordenó a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al RPMPD al demandante desde su afiliación inicial al ISS. Finalmente declaró no probadas las excepciones presentadas por la PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Condenó en costas a los fondos demandados y a favor del demandante con agencias en derecho que se tasaron en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos. Señaló que COLPENSIONES no se condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, argumentó que en cuanto el deber de información, la Corte ha señalado, que se deben analizar las particularidades concretas de cada uno de los afiliados, que pretender se declare la ineficacia del traslado de

Régimen Pensional, para PORVENIR S.A, el traslado objeto de estudio, registra de completa validez, teniendo en cuenta que para la época que se realizó, se dio el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley, de manera libre y voluntaria por parte del actor, cuando suscribió el formulario de afiliación que obra en el expediente; manifestó que existen elementos de juicio suficientes para entender que el actor gozo de la información necesaria para determinar si permanecía o no en el RAIS; expuso que previo a cumplir los 52 años de edad, PORVENIR S.A., le entregó información, donde explicó que se encontraba próximo a estar inmerso en la prohibición legal de regreso, que dicha advertencia se le hizo con un mes de anticipación; expresó que el despacho no tuvo en cuenta las confesiones del actor en el interrogatorio de parte, donde indico que el asesor de PORVENIR S.A, le hablo de características generales del RAIS, advirtió que para esta oportunidad PORVENIR S.A., solo estaba obligada a brindar dicha información pero no estaba en la obligación de indicar frente a eventuales contingencias, o desventajas de haber suscrito un formulario, cuando ni siquiera se tenía certeza de que se llegaría a consolidar el derecho pensional; señaló que el actor también confeso haber recibido información sobre los aportes voluntarios que podía realizar y manifestó no acordarse de cuando suscribió dicho documento; señaló que PORVENIR S.A., se aparta de la condena de trasladar al actor al RPMD, junto con sus rendimientos, gastos de administración, que los rendimientos financieros son privativos del Régimen Individual y al tenor de la figura jurídica de la ineficacia, que si el negocio jurídico no se realizó, las cosas deben volver a su estado inicial, en consecuencia el actor no ha estado vinculado al RAIS, por lo tanto no podría gozar de características privativas de este Régimen; argumento que en lo señalado por la corte Suprema de Justicia en su Sala Civil, a través de sentencia CC 3201 del año 2018, el traslado de esos recursos van en contradicción con lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio, respecto de los gastos de administración y seguros previsionales, que están contemplados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; finalmente indicó que PORVENIR S.A., no ha descontado estos dineros de manera caprichosa, sino por mandato legal.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que el precedente de la Corte Suprema de Justicia, se debe aplicar en cada caso concreto, indicó que el actor no es beneficiario del Régimen de Transición, ni contaba con la expectativa legítima al momento del traslado, además no se probó la existencia de vicios de consentimiento, en los términos del artículos 1508, 1509, 1510, 1740 del Código Civil, para que se declare dicha nulidad; señaló que el traslado del actor, se hizo de forma libre, voluntaria, sin presiones, según el artículo 3 literal B de la Ley 100 de 1993, voluntad que ratifico en la suscripción del formulario de afiliación al RAIS; solicitó que se de aplicación a lo señalado

en el artículo 167 del Código General del Proceso, respecto de la carga de la prueba, donde incumbe a las partes a probar el supuesto derecho de las normas que consagra el electo jurídico que ellas persiguen; manifestó que no es procedente que en consecuencia se haga un eventual reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que COLPENSIONES, no conoce la situación pensional actual del actor; solicitó subsidiariamente, que en caso de confirmarse la decisión, que se garantice el reintegro de la totalidad de la cotización, recursos de cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual, y así mismo no le sea permitido a la AFP PORVENIR S.A., descontar ninguna suma de dinero, por concepto de seguros de invalidez o muerte; pidió se ordene la indexación de los valores trasladados y se confirme la no condena en costas a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que es ajeno al traslado que realizó el actor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicita que se confirme la sentencia ya que no existió una asesoría justa y clara, que le permitiera a parte demandante aclarar dudas o formarse una idea clara de lo que sería cada una de las condiciones pensionales en ambos regímenes.

Entre tanto PORVENIR S.A., peticona que se revoque el fallo porque la afiliación del demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación suscrito con la AFP PORVENIR S.A., figura en los términos de ley como medio probatorio de la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación con mi representada.

Por último, COLPENSIONES, requiere que se revoque la sentencia y sea absuelta de todas las pretensiones en cuanto no fue quien suscribió la afiliación, además de ello que el demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de la 100 de 1993.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió

con el deber de información clara y completa; ii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 28 de septiembre de 2020 y su respuesta el 01 de octubre de 2020. (archivo 01, fls 46 a 52).

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 del actor.

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

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

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

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

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

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

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

Debe de forma adicional, 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 03 de marzo de 1957 (Archivo 01 fl. 28); ii), que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 19 de julio de 1979 y el 01 de octubre de 1999, 595 semanas (Archivo 12, fls. 01 a 06); iii) que el 01 de septiembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 1999, (Archivo 14, fl. 51) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1597 semanas (Archivo 14, fls. 25 a 57).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte al demandante, quien informó que tiene 64 años de edad, que su estado civil es soltero, de profesión Ingeniero Mecánico, que actualmente es Servidor Público del Distrito; manifestó que, en el año 1983, obtuvo el título de Ingeniero, que ingreso a laborar el CERRO MATOSO, en Monte Líbano Córdoba, que allí laboró durante 3 meses, luego ingreso a la Fundación Servicio Juvenil, estuvo por 2 años, indicó que se encontraba afiliado en pensión en el ISS, nuevamente ingreso a CERRO MATOSO, 6 meses, luego paso a Representaciones AP, donde laboro por 2 años y medio y en Tapón Corona de Colombia, casi 4 años, en Alusud Embalajes Colombia, 9 años, que allí estuvo afiliado al ISS hasta el año 1999, manifestó que para esa fecha se presentó una asesora de PORVENIR S.A., en las oficinas ofreciendo el traslado, que él informó que el fondo tenía varias ventajas como: Pensionarse a la edad que escogiera, sus hijos heredarían el ahorro pensional en caso de fallecer, que le realizó una proyección pensional donde le explico que la mesada pensional iba ser superior a la del ISS, porque la rentabilidad que el fondo le ofrecería una mejor mesada, que también le explicó que podía retirar los aportes cuando quisiera, sin restricción, que los aportes que tenía en el ISS pasarían hacer parte de su ahorro pensional, que podía hacer aportes voluntarios para aumentar el capital, advirtió que no le hablo nada de desventajas, ni de bono pensional, ni que sus aporte se irían a una cuenta de ahorro individual; manifestó que recibió 3 visitas de PORVENIR S.A., que duro cada una aproximadamente 20 minutos, que en la tercera visita tomo la decisión del traslado de manera libre, voluntaria y firmo el formulario; posteriormente informo que un mes antes de cumplir los 52 años de edad, le llego información donde le dijeron que tenía hasta esa edad, la oportunidad de devolverse a COLPENSIONES, adujo que no se devolvió porque creyó en la información que le brindo la asesora era veraz y que estaba haciendo lo correcto quedándose en PORVENIR S.A., exteriorizó que nunca recibió re-asesoría por medio de la AFP, que no se acercó a solicitar mayor información a PORVENIR S.A., ni a COLPENSIONES, porque pensó que la asesoría que había recibido era completa; señaló que cuando estaba cerca de cumplir los 61 años de edad, se acercó a PORVENIR S.A., a solicitar una proyección de la pensión, expresó que se sorprendió y se dio cuenta del error que había cometido, cuando le entregaron el valor de la mesada la que era mucho menor a la que obtendría en COLPENSIONES, manifestó que por ese motivo quiere retornar al RPMD; indicó que al correo

le llegan extractos de PORVENIR S.A., que entiende cuánto es el ahorro con la rentabilidad, que puede tener pérdidas como lo evidenció hace aproximadamente 2 años atrás; finalmente informó que desde el año 1999, siempre ha estado con PORVENIR S.A., que no recuerda porque en el año 2010, suscribió formulario con HORIZONTE, para aportes voluntarios.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 el actor a PORVENIR S.A., el 01 de septiembre de 1999, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de noviembre de 1999, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple

rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS **HECTOR JARA HERNANDEZ**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ s11421 y s11688 ambas de 2019 y s1638-2020, s15292-2021, s11017, s11022, s11125 y s11497 y s11501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc,

pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **HECTOR JARA HERNANDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

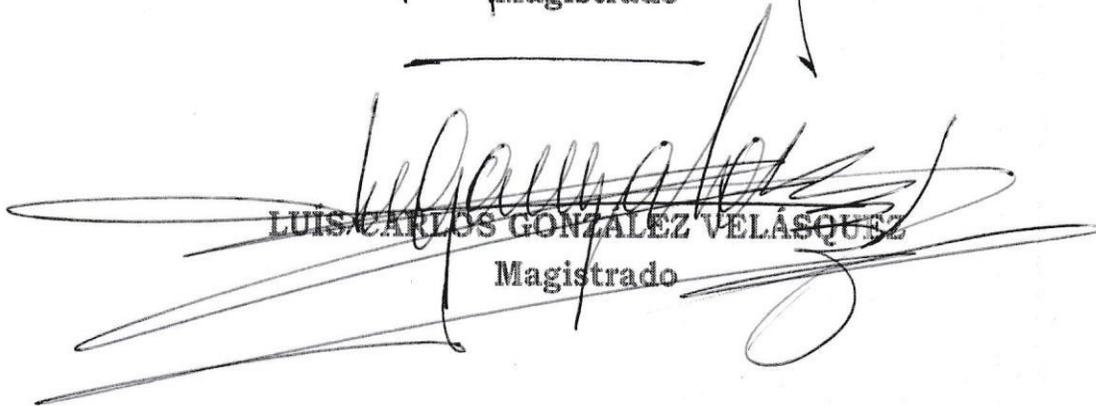
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105013202000105-01

En Bogotá D.C., hoy diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 04 de febrero de 2022, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HELENA ROZO GOMEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

ANTECEDENTES

HELENA ROZO GOMEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A., del 26 de junio de 1996; que posteriormente se declare la ineficacia del traslado efectuado por ella el 26 de junio de 2008, con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS CITICOLFONDOS S.A. hoy COLFONDOS S.A; que se declare la Ineficacia del traslado efectuado por ella, el 23 de marzo de 2010, con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A.; que se declare la Ineficacia del traslado efectuado por ella el 21 de agosto de 2013, con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE

PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., Indicó que lo anterior porque en cada uno de los traslados, en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes del Sistema de Pensiones y en especial su situación personal y concreta; solicitó que como consecuencia de la declaración de ineficacia de dichos traslados, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se le tenga entre los afiliados del RPMPD, administrado por COLPENSIONES, como su selección de régimen y como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, con la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros actualizados, al igual que el bono pensional y lo que hubiere obtenido, finalmente requirió que se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas y lo que resulte probado extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 11 de diciembre de 1966, y cumplirá el requisito de la edad pensional, es decir los 57 años el día 11 de Diciembre de 2023; indicó que se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A., el 26 de junio de 1996, señaló que el asesor comercial no le brindó información clara completa y oportuna acerca de la ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD, como en el RAIS, que no le hizo un estudio de su situación particular, que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de Régimen Pensional, que posteriormente se trasladó de la AFP PORVENIR S.A., al FONDO PRIVADO DE PENSIONES Y CESANTÍAS CITYCOLFONDOS S.A. hoy AFP. COLFONDOS S.A., 26 de junio de 2008, después se trasladó al FONDO PRIVADO DE PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A. el 23 de marzo de 2010, seguidamente se trasladó al FONDO PRIVADO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., el 21 de agosto de 2013; advirtió que son las AFP PORVENIR S.A., CITYCOIFONDOS S.A. hoy COLFONDOS S.A y SKANDIA S.A. (OLD MUTUAL S.A.) quienes tienen la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con el deber de haberle ofrecido la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de Régimen Pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo, manifestó que la AFP COLFONDOS S.A. le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida, bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional, para cuando cumpla 57 años de edad, esto es para el año 2023, arrojando como resultado una mesada pensional de \$2.255.513, que realizó la simulación pensional en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, conforme a lo contemplado en la Ley 797 de 2003, aplicando una tasa de remplazo del 66,11% teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años cotizados, indicó que el resultado de la proyección sería que al cumplimiento de requisito de edad, esto es para el año 2023, obtendría una mesada pensional mensual que equivaldría a la suma de \$7.076.086.15, expuso que comparando las simulaciones pensionales en los dos regímenes, se puede evidenciar como la mesada pensional es ostensiblemente superior en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, que sumadas las semanas cotizadas y proyectadas al Sistema General de Pensiones, esto es desde el 28 de Febrero de 1989, hasta el 11 de diciembre de 2023, arrojo un total de 1507 semanas cotizadas (29 años, 03 meses y 15 días); finalmente anunció que con respecto del agotamiento de la reclamación administrativa, radicó Derecho de Petición ante COLPENSIONES el día 08 de Noviembre de 2019, solicitando la ineficacia del traslado efectuado al RAIS, con colilla de radicación N°

2019_15073754. Advirtió que ante la anterior solicitud, COLPENSIONES no se ha pronunciado que de esta forma, se dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2158 de 1948, adoptado por el Decreto 4133 de 1948 como legislación permanente y modificado por la Ley 712 de 2001.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad; cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (CD: fl. 56 Pg. 6 a 7).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de mérito; buena fe inexistencia de la obligación; compensación y genérica. (fls. 67 a 69).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; ratificación de afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado. (fl. 116).

SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., propuso las excepciones de buena fe; genérica; prescripción; cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y pago. (CD: fl. 107 Pg. 20 a 23).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 04 de febrero de 2022, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, declaro la ineficacia del traslado que hiciera la demandante a través de la AFP PORVENIR S.A., el 28 de julio de 1994, y de contera el realizado a CITYCOLFONDOS S.A., hoy COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., por las razones antes expuestas; en consecuencia; condenó a PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, que tenga cada una en su poder en la actualidad por lo expuesto precedentemente, así mismo ordeno a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral de la demandante, conforme a lo

antes visto; declaró no probadas las excepciones propuestas, conforme a la parte considerativa del fallo; condenó en costas a la demandada PORVENIR S.A. Inclúyanse como agencias en derecho en esta instancia en favor de la demandante, el equivalente a un millón de pesos. Indicó que por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, conforme al artículo 69 del C.P.T. y S.S., remitió el proceso a la sala laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, indico que declararse la ineficacia por parte de la falladora en primera instancia, con respecto al deber de información, manifestó que se le brindó a la actora, información clara, oportuna, acerca de los requisitos que acarrea un cambio de Régimen Pensional; que no se valoró el consentimiento informado para su libre escogencia, que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, el cual hace constar que la actora lo realizó de manera libre, voluntaria y sin presión, conforme lo indica el artículo 114 de la ley 100 de 1993, explicó que no se trata de una simple declaración vacía, incluida en un formato de afiliación sino de un requerimiento legal, expresamente señalado sobre la firma, que se debe tener en cuenta que la actora es una persona capaz de obligarse; manifestó que adicionalmente no se puede desconocer que PORVENIR S.A., siempre le garantizó el retracto, conducta que se aprobó, con la publicación realizada en el diario el tiempo el día 14 de enero del año 2004, como dispuso el artículo 3 del Decreto 1161 del año 1994, sin que la actora ejerciera dicha facultad, advirtió que con la declaratoria de la ineficacia del traslado entre Regímenes, se desconoce el principio de la autonomía y voluntad con la que contaba la actora, lo anterior definido en Jurisprudencia Constitucional, sentencia C341 del año 2006, donde el poder de las personas reconocido por ordenamiento positivo, para disponer como efecto vinculante, de los intereses y de los derechos de los que son titulares, siempre que, se respete las buenas costumbres; presentó inconformidad en referencia a la condena de devolución de gastos de administración, alegó que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPMD, se destina un 3%, con el fin de financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia; indico que dichos gastos no forman parte integral de la pensión y están sujetos al fenómeno de la prescripción; que al devolver estos dineros a COLPENSIONES se estaría generando un enriquecimiento sin causa a dicha entidad; expresó, el artículo 113 literal B del Ley 100 de 1993, aludió cuales

son que los dineros que se deben trasladar cuando existe un traslado de Régimen Pensional son el saldo de la cuenta individual, incluidos sus rendimientos, que en consecuencia no procede esta pretensión, ya que de ordenarla, debe condenarse a la actora a restituir los frutos financieros, los cuales fueron consignados en la cuenta de ahorro individual, que así lo decantado la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, tratándose de las restituciones mutuas; finalmente señalo que uno de los efectos jurídicos previstos en el artículo 1746 del Código Civil, en cuanto a la nulidad de un acto jurídico, la parte que recibió frutos de la relación contractual se declarada nula;

ALEGATOS DE CONCLUSION

PORVENIR S.A. por su parte pretende la anulación de la sentencia y de la presencia de cualquier carga coincidente con el traslado porque no hay una razón previsible para cobrar los costos de la administración y el traslado fue efectivo y eficaz, no se encontró afectado el consentimiento.

Finalmente, dentro del plazo especificado, la parte actora solicitó confirmación del juicio porque la información brindada por el fondo no está clara, además de ello incumplió las obligaciones de orientar sobre las consecuencias de traslado de régimen, las ventajas y desventajas por ende no se logró tomar una decisión libre e informada sobre el traslado de régimen de pensional.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por las demandada, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 08 de noviembre de 2019 y su respuesta el 12 de noviembre de 2019. (DC. fl. 56, Pg. 17 a 43).

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).

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

a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

Debe de forma adicional, 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 11 de diciembre de 1966 (fl. 08); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 28 de febrero de 1989 y el 11 de mayo de 1996, 17,43 semanas (fl. 12 a 15); iii) que el 26 de junio de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 11 de diciembre de 1996, (fl. 88), iv) que se trasladó a COLFONDOS S.A el 26 de junio del 2008 (fl. 105); que se traslado a SKANDIA S.A., el 21 de agosto de 2013, (fl. 107) administradora en la que actualmente se encuentra

vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con un total de 1507 semanas (CD, fl.107).

Se absolvió interrogatorio de parte al apoderado de PORVENIR S.A.; indico que tiene 24 años de edad, estado civil soltero; dijo que no ha trabajado directamente para PORVENIR S.A.; manifestó que, no estuvo presente en el momento que la actora se trasladó a PORVENIR S.A., explicó que esta entidad no cuenta con documentación diferente al formulario de afiliación, que para el año 1994, no existía ninguna obligación de consignar información escrita por parte de los asesores comerciales; expreso no haberse contactado con la asesora, tampoco obra hoja de vida de la misma dentro del expediente.

También absolvió interrogatorio a la demandante; indicó que tiene 55 años de edad, estado civil divorciada, de profesión Publicista; indicó que en julio de 1994, se encontraba laborando en publicidad Camilo Salgar, que se desempeñaba como ejecutiva de Cuentas, manejaba clientes para temas de publicidad, no manejaba afiliación de trabajadores; manifestó que tuvieron una reunión grupal, con todos los empleados, un asesor de PORVENIR S.A., le dijo que el ISS se iba acabar, que la plata que tenían ahorrada la iban a perder y que se tenían que pasar a un Fondo Privado, que se iban a pensionar con una mesada mayor y con menos edad a la que exigía el ISS, señaló que la charla duro aproximadamente 20 minutos, que ella no le realizó ninguna pregunta al asesor, que el mismo no le explico los requisitos para poderse pensionar, como se iba financiar la pensión en PORVENIR S.A., que es cuenta de ahorro individual, bono pensional, aportes voluntarios, de devolución de dinero, ni de cobros de seguros en caso de invalidez o muerte; señalo que al momento del traslado no conocía los requisitos para pensionarse con el ISS; que diligencio el formulario y firmado, pero que no lo leyó detenidamente, que le dijeron que debía colocar unas personas como referencia personal, afirmó que lo todo lo anterior lo hizo de manera libre y voluntaria; señalo que nunca recibió asesoría adicional donde le explicarían la situación pensional, que tampoco la busco; enunció que recibió extractos de PORVENIR S.A, pero que no los entendía, que solo verificaba que el empleador estuviera pagando y el capital acumulado; manifestó que se trasladó a COLFONDOS porque de PORVENIR S.A., no volvieron a visitarlos, el asesor de COLFONDOS, le dijo que, iba estar pendiente de las necesidades que tuviera acerca del tema pensional, indicó que le dio mucha seguridad y por ese motivo realizó el traslado, recibió extractos, pero tampoco los entendió; dijo que subsiguientemente se traslado a SKANDIA, en el año 2010, que el asesor fue a la oficina, que la charla duro 20 minutos, que le hizo una promesa de un mejor servicio, que iba estar pendiente de la cuenta con un asesor personalizado, que podía pensionarse anticipadamente, recibió, extractos y a pesar de no entenderlos, nunca se acercó a ninguna de las oficinas a validar información; indico que, retornó nuevamente a COLFONDOS; manifestó que nunca se sintió presionada para los traslados que realizó entre fondos; expuso que en estos momentos ya conoce los requisitos para pensionarse

con el RAIS, como lo son 57 años de edad, 1.300 semanas cotizadas, que a la fecha, no retorno a COLPENSIONES porque no sabía que podía hacer el cambio, finalmente exteriorizo sentirse engañada, porque confió en todo lo que le dijeron los asesores en su momento, que por ese motivo nunca hizo ninguna clase de reclamación o queja y que se quiere devolver a COLPENSIONES porque todos los asesores le dijeron mentiras y se dio cuenta del valor de las mesadas entre un Régimen y otro por intermedio del abogado.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 el actor a PORVENIR S.A., 26 de junio de 1996, la cual tuvo fecha de efectividad el 11 de diciembre de 1996, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre-forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **HELENA ROZO GOMEZ**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de SKANDIA S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía

de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

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

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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 04 de febrero de 2022, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HELENA ROZO GOMEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

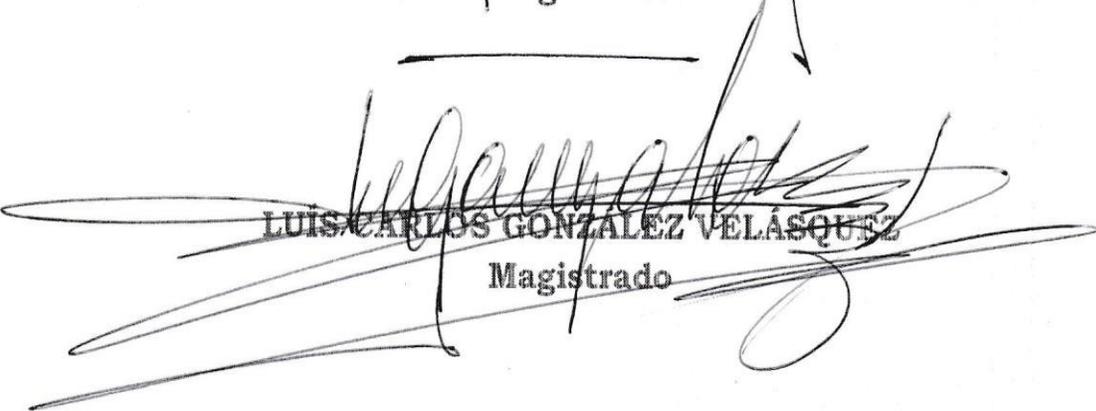
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de la recurrente y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 11001310501820200079-01

En Bogotá D.C., hoy diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 22 de febrero de 2022, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARLOS ARTURO PEÑA BEJARANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

ANTECEDENTES

CARLOS ARTURO PEÑA BEJARANO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., para que se declare la ineficacia del acto de afiliación ilegalmente registrado, por medio del cual se le trasladó sin el cumplimiento de los requisitos legales y sin consentimiento informado del RPMPD administrado el ISS COLPENSIONES, al RAIS, administrado por la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, atendiendo la falta de requisitos legales bajo el cual se suscribió el formulario de afiliación, solicitó que se declare que para todos los efectos legales él nunca estuvo afiliado al RAIS que administra AFP COLFONDOS S.A., que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación al RAIS, se declare vigente y sin solución de continuidad su afiliación y que debe quedar inscrito al RPMPD, administrado por COLPENSIONES; así mismo solicitó que se condene a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, el valor

de los dineros por concepto de cotizaciones o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, rendimientos financieros que se hubieren causado y cuotas de administración, debidamente indexados, que reposan en su Cuenta de Ahorro Individual, sin que se realice descuento alguno por concepto de gastos de seguro de invalidez y sobrevivencia o de deterioros sufridos por el bien administrado, como son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez o cualquier otro concepto, finalmente requirió que se condene a las demandadas al pago de las agencias en derecho y a las costas del presente proceso, así como lo que resulte probado ultra y extra petita en el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 18 de abril de 1961., que se afilió al entonces al ISS hoy COLPENSIONES, el día 05 de mayo de 1987., indicó que día 26 de octubre de 2000, se trasladó al RAIS., situación que se dio porque el día 26 de octubre de 2000, fue abordado en su sitio de trabajo por un intermediario comercial que se presentó como Asesor Comercial de la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; advirtió que el asesor comercial de la AFP, para la fecha de afiliación, no ostentaba las calidades que exige el artículo 4 del Decreto 720 de 1994, esto es idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado para la labor de ofrecer una afiliación de pensiones, que por no contar con la calidad requerida no le suministró, información suficiente, mínima y necesaria que le permitiera, a través de elementos de juicio claros y objetivos, tomar una decisión objetiva que se ajustara a sus intereses, afirmó que sin recibir ningún tipo de explicación racional, clara y objetiva de todos y cada uno de los efectos jurídicos que enfrentaría por su traslado al RAIS, suscribió el formulario de vinculación. Reveló que la AFP, al momento de su afiliación, faltó a su obligación legal de información, dado que nunca le dio las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, tampoco suministró la información suficiente, amplia, completa y comprensible, correspondiente al RAIS, que tampoco se hizo una comparación de los regímenes pensionales, ni se le indicaron las ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas de su traslado y que nunca se proporcionó información relevante que le permitiera escoger en ese momento la opción más favorable a su situación pensional., informó que mediante documento de fecha 06 de agosto de 2019, la AFP COLFONDOS S.A., le realizó una simulación pensional donde indicó, que atendiendo el último IBC registrado en las cotizaciones realizadas y proyectando que el va seguir cotizando sobre el mismo IBC hasta cumplir sesenta y dos (62) años de edad, recibiría una mesada pensional de \$859.366 pesos M/Cte., que posteriormente mediante calculo actuarial efectuado por Contadora Pública, se le realizó una proyección de la pensión, como si hubiese seguido afiliada al RPMPD, tomando como fecha última de cotización el dieciocho (18) de abril de 2023, fecha en la cual cumple sesenta y dos (62) años de edad y estableciendo el ingreso base de cotización mensual promedio de los 10 últimos años. Concluyó que, efectuadas las fórmulas correspondientes, su pensión legal de vejez, en el RPMPD para abril de 2023, proyecta un valor de \$1.851.390 PESOS M/Cte., que la AFP le ocasionó un perjuicio representado en la diferencia existente entre el valor de la pensión que pudo haber reconocido el RPMPD y el valor de la pensión que le entraría a reconocer el RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; finalmente el día 26 de diciembre de 2019,

solicitó a COLPENSIONES, el traslado de Régimen Pensional a esa Administradora por ineficacia en el acto de afiliación al RAIS, que a la fecha de presentación de esta demanda COLPENSIONES, no ha dado respuesta a la petición.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al RPMPD; excepción error de derecho no vicia el consentimiento; cobro de lo no debido; buena fe; prescripción; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas; innominada o genérica; no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público (fls. 24 a 28).

PROTECCION PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al RAIS; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago (fls. 20 a 22).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de febrero de 2021, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación del señor CARLOS ANTONIO PEÑA BEJARANO, al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, suscrita el 28 octubre de 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo y que para todos los efectos legales el demandante, nunca se trasladó al RAIS, en consecuencia de lo anterior, declaró que siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor CARLOS ANTONIO PEÑA BEJARANO, y a devolver los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos, así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos

valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, subsiguientemente ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES reactivar la afiliación del señor CARLOS ANTONIO PEÑA BEJARANO, y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; declaró no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el despacho se releva de los demás medios exceptivos propuestos por las demandadas. Finalmente condenó en costas de esta instancia a de la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en favor de la parte demandante en la suma de \$1.500. 000.00 pesos.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida en primera instancia, en lo que tiene que ver con la condena impuesta a COLFONDOS S.A., en el numeral Tercero, de devolver lo que corresponde a los gastos de administración, conceptos de primas y seguros, conceptos del porcentaje de garantía, pensión mínima y debidamente indexada y con cargo al propio patrimonio. Solicitó revocar esta condena y en su lugar, ordenar la devolución de los aportes y rendimientos que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante., señaló que los gastos de administración, son conceptos de consagración legal y que se encuentran establecidos en el artículo 20 de la ley 100 del 1993, que se tenga en cuenta que estos conceptos se realizan tanto en el RPMPD como en el RAIS; que no era decisión de COLFONDOS S.A., realizar o no realizar este descuento, ya que es una consagración y una obligación legal de las administradoras del RAIS, Pero téngase en cuenta que estos descuentos de gastos de administración, tienen unas destinaciones específicas, que se utilizan para adquirir la póliza de seguro previsional con la cual mantener cubiertas eventualidades de invalidez y sobrevivencia; que este porcentaje va a un tercero ajeno a la AFP, entidad que es una aseguradora con la cual se tuvo cubierta las eventualidades de invalidez y sobrevivencia durante el tiempo que ha permaneció el demandante en COLFONDOS S.A., que por lo anterior este porcentaje no entra al patrimonio del Fondo; expuso que esta administración, tiene una contraprestación directa que son los rendimientos que se generan en la cuenta de ahorro individual, que por lo tanto, en el momento en que solamente se ordena devolver lo que corresponde a rendimientos más aportes se estarían devolviendo más de un 100% o un 150%, lo que hubiese cotizado el demandante en el RPMPD, requirió tener en cuenta que esa condena por estos conceptos e indexados, se toma como una condena en daños y perjuicios en contra de CLFONDOS S.A., situación fáctica, que tampoco se allego alguna prueba sumaria, donde se demuestre

que los aportes del demandante sufrieron un daño, se vieron devaluados por el paso del tiempo y que contrario a ello, con la buena gestión de del Fondo, esos aportes pensionales del demandante se vieron beneficiados por los rendimientos generado, que si el demándate hubiese permanecido en el RPMPD, solo recibiría lo que corresponder al 16%; solicitó que se realice una ponderación, entre lo que es descuentos de gastos de administración y estos rendimientos que se generaron por la excelente administración, finalmente advirtió que mientras se discute el proceso, las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de individual del demandante, están produciendo unos rendimientos que van a evitar la pérdida del poder adquisitivo de dichos rubros, de ahí que no hay lugar a devolver estos conceptos y menos de una manera indexada; finalmente expresó que no se deberían devolver desde el momento que se generaron, sino solamente desde el momento en que la sentencia quede en firme.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que conforme a la presunta ignorancia, la ley no se puede justificar con una decisión tomada por más de 10 años, e indicar que el demandante que manifiesta que hubo falta información, que no le explicaron las ventajas y desventajas del RAIS; Indicó que se debe precisar que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de este régimen consagradas en el artículo 59 y siguientes de la ley 100 del 1993, norma que, por ser de alcance nacional, impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación en los términos del artículo 11 del Código Civil, que por lo tanto, no es dable alegar la ignorancia como excusa a voces de lo que prevé el artículo noveno, la codificación antes citada, para atribuir que los Fondos Privados tuvieron la responsabilidad de haber omitido información al respecto, ya que este señalamiento lo hace la ley máximo cuando el demandante de manera voluntaria suscribió el formulario de afiliación al RAIS, manifestó de otro lado, se concluyó que le asiste razón al demandante y ordena el respectivo traslado entre regímenes; advirtió que para el respectivo traslado de aportes se debe cumplir con lo regulado en el artículo 113 de la ley 100 del 1993., solicitó que en consecuencia de lo antes que expuesto, se desestimen las pretensiones de esta demanda, indicó que no se puede desconocer que el gran problema que genera este traslado discriminado de los afiliados que se ha tenido últimamente en el retorno al RPMPD, excusandose en las presuntas faltas del deber de información del administrador de pensiones, pretendiendo acceder a una prestación económica en el RPMPD, cuando no han guardado fidelidad al sistema, señaló que es importante tener en cuenta que el principio de la Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional, del que la Corte Constitucional, en la sentencia C 242 del 2009, por el magistrado ponente Mauricio González Cuervo, indicó que la reforma de los Regímenes Pensionales, en particular garantizan la Sostenibilidad Financiera del Sistema Pensional y el financiamiento de otros potenciales

pensionados, que es de recordar que el RAIS y el RPMPD, tienen diferente forma de distribución en sus montos de aportes, que es evidente que han pasado cuantiosos años en los cuales el demandante no contribuyó con el fondo común que financia las pensiones de las personas que han guardado fidelidad al RPMP, señaló que todo lo anterior conlleva al detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de la Sostenibilidad Financiera, pues basta con citar el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado el artículo siete de la ley 797, del 2003, que a su vez incrementó el valor del aporte mediante el decreto 4181 del 2007. Finalmente expuso que conforme al interrogatorio realizado a la parte demandante, donde indicó que fue consciente de lo que firmó, que por esta razón la carga de la prueba no puede recaer toda sobre los fondos privados y a su vez afectar a COLFONDOS S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por la parte demandante solicitando la confirmación de la sentencia ya que el fondo que tuvo a su cargo el traslado de régimen pensional del demandante no logró acreditar lo que con tanta vehemencia afirmó en la contestación de la demanda; es decir, no aportó ningún medio probatorio que sirviera de fundamento para su afirmación de haber dado un debido cumplimiento al deber de información frente al accionante durante la etapa precontractual.

Entre tanto, COLPENSIONES y COLFONDOS solicitaron que se revoque porque el demandante se encontraba dentro de la prohibición legal de trasladarse de régimen, además no demostró que el traslado hubiera sido viciado ni que se le hubiera echo incurrir en error, ya que firmo de manera voluntaria.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante

Colpensiones, el 26 de diciembre de 2019 y sin obtener respuesta. (fls 21 y s.s archivo 02).

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).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No.

110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

Debe de forma adicional, 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 18 de abril de 1961 (fl. 5 Archivo 02); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de junio de 1999 y el 30 de noviembre de 2000, 466,43 semanas (fl. 15 Archivo 02); iii) que el 28 de octubre de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la COLFONDOS S.A., (fl. 6 Archivo 02)

administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por la parte actora. (fl. 8 y s.s Archivo 02).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte al demandante, indicó que su estado civil es casado, grado de formación Administrador de Empresas, que actualmente es desempleado; manifestó que no tiene ninguna relación con COLPENSIONES, que COLFONDOS S.A., es el Fondo donde le consignaron los aportes; afirmó que estuvo vinculado con el ISS, cuando empezó a trabajar más o menos en el año 1985 o 1987, que se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., en octubre del año 2000, exteriorizó que al momento de su traslado la AFP no le brindó asesoría, que simplemente cuando un asesor lo abordó en una reunión que no duro mucho, donde solo se encontraban los dos, le informó que el ISS se iba acabar, que los aportes que tenía en el ISS, se iban a perder y que la forma de recuperarlos era firmar con el Fondo, aseveró que COLFONDOS S.A., nunca le explico que era una cuenta de ahorro individual, qué sucedería con los aportes en caso de fallecer, manifestó al despacho que su traslado al RAIS, fue libre y voluntario, que nunca fue consciente de que se estaba trasladando régimen, que lo único que pretendía era salvaguardar los aportes que había realizado al ISS, expresó que cuando estaba cerca a pensionarse, se acercó a las oficinas de COLFONDOS S.A., a pedir la información del salario que le quedaría al solicitar la pensión de vejez, que nunca se acercó a COLPENSIONES a solicitar información; indico que recibe extractos de su cuenta de ahorro individual, que nunca gestiona su regreso a RPMPD y que su principal motivación por la que entablo la presente demanda es tener una mejor pensión para su futuro y tranquilidad de su familia, finalmente informó que no esta realizando aportes y que no ha solicitado al Fondo reconocimiento de la pensión de vejez,

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A., obligada a 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 **CARLOS ARTURO PEÑA BEJARANO**, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior, en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva -del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad

que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 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 el actor a COLFONDO S.A., el 28 de octubre de 2000, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no sule el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y

veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **CARLOS ARTURO PEÑA BEJARANO**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de COLFONDOS S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

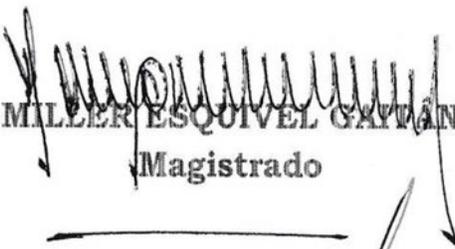
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CARLOS ARTURO PEÑA BEJARANO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

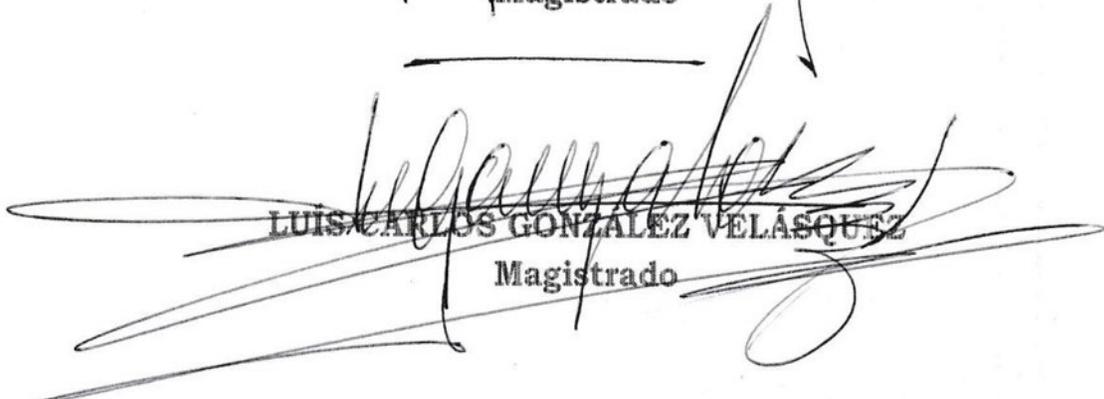
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 1100131050202020100121-01

En Bogotá D.C., hoy diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 01 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA ISABEL MENDEZ DE TORRES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES al Doctor Gustavo Enrique Martínez González, con Cedula de ciudadanía No. 1.014.196.194 de Bogotá, abogado en ejercicio portador de la Tarjeta Profesional No. 276516 del C. S. de la J. en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

MARIA ISABEL MENDEZ DE TORRES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, por lo que resulta NULA o INEFICAZ la afiliación a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 15 de mayo de 2001, solicitó que en consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad o ineficacia, el traslado efectuado por ella el 19 de abril de 2002 a PROTECCIÓN S.A., ante la omisión de este fondo, al deber de información con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas, que como efecto de las anteriores declaraciones, se declare que para todos los efectos jurídicos la parte actora siempre ha permanecido en el RPMPD, que se advierta que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al RAIS, no puede producir los efectos al no haberse realizado en forma libre y espontánea; que se ordene a PROTECCIÓN S.A., a la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte y devolución de los gastos de administración que han sido descontados, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras, que se ordene a COLPENSIONES, a reactivar su afiliación, considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPMPD, recibir los aportes y rendimientos devueltos por PROTECCIÓN S.A. y actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a su disposición, finalmente solicitó que se condene a las demandadas a pagar las costas y agencias derecho al demandado y lo que resulte probado extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 18 de diciembre de 1955, que en la actualidad tiene 64 años de edad, que para abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 38 años de edad, que es beneficiaria del régimen de transición, indicó que fue afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, el 15 de abril de 1996, donde cotizó para para varias empresas hasta el 30 de noviembre de 2000, que el 01 de mayo de 2001, ante una campaña de desinformación de las AFP, ella firmó el formulario de traslado de RPMPD al de RAIS, con destino a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS ING hoy PORVENIR S.A., advirtió que la anterior situación se realizó sin tener información concreta y veraz de las consecuencias de su decisión, que debió ser suministrada por la AFP PORVENIR S.A., señaló que el asesor comercial de la APF ING hoy PORVENIR S.A., omitió dar información sobre las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional, que en el formulario de solicitud de traslado al FONDO de CESANTÍAS y PENSIONES ING, no existe constancia alguna de la que se pueda inferir que a ella le fue suministrada la información de cual podría ser el monto pensional en los dos regímenes pensionales, manifestó que al momento de trasladarse a la AFP PORVENIR S.A., el asesor comercial le informo, que trasladándose al RAIS, se podía pensionar a la edad que quisiera, que podía pensionarse con el monto de pensión que ella quisiera, pero no le informó cuales eran los requisitos para lograrlo; indicó que el asesor del Fondo Privado no le informó que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual, que no le explicó debiendo

hacerlo, que, en el RPMPD, el valor de la pensión de vejez no depende del ahorro, sino del tiempo acumulado en semanas de cotización, edad y salario base de cotización, que igualmente no le informó de manera clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD, como en el RAIS, que no le hizo un estudio de su situación particular, que la ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse al RAIS. reveló que posteriormente se trasladó a PPROTECCION S.A., afirmó que esta entidad al momento de su traslado, no le informó cuánto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder llegar adquirir el derecho a pensión y qué monto necesita tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad, o para mantener su mínimo vital. que no le comunicó, que el monto de su pensión en ese régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto de afiliado como de sus beneficiarios y cómo influiría en su pensión, anunció que el 03 de febrero de 2020, radicó derecho de petición ante PORVENIR S.A, a fin que se declarara la nulidad de su afiliación a dicho fondo, por falta de información, advirtió que entidad no ha dado respuesta al derecho de petición, que el 03 de febrero de 2020, radicó derecho de petición ante COLPENSIONES, para que se efectuara la anulación de su traslado a PORVENIR S.A., esta entidad dio respuesta el 04 de febrero de 2020, radicado BZ2020_1583287-03216, informando que la afiliación tiene plena validez a la vida jurídica y que se encuentra en prohibición legal para efectuar el traslado, que subsiguientemente el 3 de febrero de 2020, radicó petición ante PROTECCIÓN S.A. para que se anulara el traslado a este Fondo, que la entidad dio respuesta el 13 de febrero de 2020. informando que la afiliación es válida, y que tiene derecho a una devolución de saldos para cuando cumpla los 65 años de edad. Advirtió que la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A, son quienes tienen la carga de la prueba para demostrar que cumplieron con el deber de ofrecerle la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio del Régimen Pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo, tal y como lo señala la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación laboral en sentencia S12136-2014, del 3 de septiembre de 2014; finalmente que respecto del agotamiento de la reclamación administrativa, radicó Derecho de Petición ante COLPENSIONES el 3 de febrero de 2020, con colilla de radicación No.2020 1427568, que con lo anterior se dio cumplimiento al artículo 6 del Código Procesal de trabajo.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 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 e innominada o genérica. (Archivo 12 fls. 327 a 344).

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 excepción genérica, (Archivo 16 fls. 512 a 514).

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; aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto; 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 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 e innominada o genérica (Archivo 13 fls. 20 a 25).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de RPMPD al de RAIS, efectuado por MARIA ISABEL MENDEZ DE TORRES, administrado por PORVENIR S.A., el día 12 de marzo del año 2001 y su posterior traslado horizontal a PROTECCION S.A., el día 31 de diciembre de 2012., en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. Declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, en consecuencia de lo anterior ordenó PROTECCION S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliado, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor; finalmente condenó en costas a favor de la parte demandante, tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente UN (1) SMMLV, pagaderos a una cuota parte.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada PORVENIR S.A., presenta recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, argumentó que la posición que se adoptó en esa instancia consistente en declarar la ineficacia del traslado realizado por la parte demandante, a PORVENIR S.A., manifestando como principal motivo el hecho de que, PORVENIR S.A. ni PROTECCIÓN lograron traer pruebas al proceso que mostraran la información que se le brindó la parte demandante, advirtió que la jurisprudencia, de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido que es carga de las AFP'S, traer pruebas al proceso de esa información. Manifestó que lo cierto es que no se puede aplicar de manera indiscriminada ese precedente, establecer obligaciones que legalmente no eran exigibles a la AFP, para el momento del traslado inicial de la parte demandante, que para época solamente la información se brindaba de manera verbal, sin que constara obligación de dejar documento adicional, formulario y afiliación donde se constatará esa información, que dicha obligación de dejar documenta esa información, surgió a partir de la ley 1748 de 2014, no para el momento del traslado inicial de la actora, razón por la cual es el formulario de afiliación el único documento legalmente exigido por la Superintendencia Financiera de Colombia, que al ser un documento público y auténtico, que no fue tachado ni objetado por la parte demandante, cumplió con todos requisitos que estaban vigentes para entender que el traslado surgió a la vía jurídica de forma valida y efectiva; reveló que a través del interrogatorio de parte requerido a la demandante, la misma manifestó que conocía o que se le informaron características particulares del RAIS y el funcionamiento, que por lo anterior su decisión fue plenamente informada; señaló que en los actos de relacionamiento que ejecutó la parte demandante durante el transcurso de su vinculación con el RAIS, que se vio materializado en los traslados horizontales que realizó entre el mismo régimen, constatando su deseo inequívoco de seguir permaneciendo vinculada al RAIS, que la misma no hizo uso de la facultad de retornar nuevamente a COLPENSIONES, pese que tenía la oportunidad legal de hacerlo y más aún cuando su única, inconformidad con su vinculación al RAIS, era la eventual diferencia de la proyección de la mesada pensional, advirtió que esta situación que no configura una causa de nulidad o ineficacia del traslado porque en Colombia, coexisten dos regímenes pensionales y se justifica que presenten esas diferencias más aún cuando la finalidad del Sistema General de Seguridad Social, no es cubrir las expectativas pensionadas de las partes sino garantizar una cobertura universal en los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por COLPENSIONES y PORVENIR, con la finalidad que se revoque el fallo por no reunir los requisitos legales para

regresar al régimen de prima media con prestación definida, por no adolecer la afiliación de causal de nulidad, porque la carga de la prueba le correspondía a la parte actora y no logro probar que se vicio el consentimiento, además de ello suscribió el formulario de manera libre y voluntaria.

Finalmente la parte actora, se solicita que confirme la sentencia ya que quedó demostrado que las administradoras de fondos de pensiones demandadas faltaron al deber legal impuesto en el literal d del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que hacen referencia a la obligación de los fondos de suministrar una información suficiente, amplia y oportuna respecto del traslado con el fin de generar decisiones informadas, que el artículo 12 de la ley anteriormente nombrada además preceptúa que la misma se debe brindar a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 03 de febrero de 2020 y su respuesta el 4 de febrero de 2020. (fls. 47 a 56 archivo 01).

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).

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

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

el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

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

Debe de forma adicional, 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 18 de diciembre de 1955 (fl. 33 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 15 de abril de 1996 hasta el 30 de noviembre de 2000, 316, semanas (fl. 346 a 351 Archivo 12); iii) que el 12 de marzo de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de mayo de 2001, (fl. 564 Archivo 16), que el 29 de diciembre de 2012, se trasladó a PROTECCION S.A., administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 393,14 semanas (fl. 401 a 425 Archivo 13).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó, que su traslado al RAIS se dio en el año 2001 a la AFP PORVRNIR S.A., que se encontraba trabajando en un colegio particular, manifestó que llegó un asesor y les dijo que debían afiliarse a un Fondo de Pensiones, expresó que fue una explicación corta, donde le informaron que era la mejor opción, que el ISS se iba acabar y les pasaron los documentos para firmar, que no le informó el beneficio exacto que obtendría, les dijeron que era lo mejor y firmaron papeles para el traslado a POVENIR S.A., Que si

vinculación de manera libre y voluntaria, pero sin analizar las consecuencias, que no leyó el formulario afiliación, que solo le preguntaban los datos y la persona asesora lo fue llenando, afirmó que nunca le explicaron temas como : El bono pensional, régimen de transición, qué pasaría con sus cotizaciones realizadas en caso de que falleciera sin obtener la pensión de vejez, pensión anticipada, manifestó que se traslado al RAIS buscando un beneficio, que no recuerda haber recibido extractos de PORVENIR S.A., que se quiere trasladar a COLPENSIONES porque la fiduprevisora es una entidad oficial y ahí aceptan las semanas cotizadas que estén en COLPENSIONES, que son semanas que ella necesita para poderse retirar, alegó que ya tiene 65 años y es justo un retiro y lograr una pensión, advirtió que fue engañada, que pensó que el RAIS era mejor; posteriormente señaló que se trasladó en el año 2002, al Fondo de Pensiones Santander hoy protección, que se dio de igual manera el asesor hacia las preguntas para llenar el formulario, ella contestaba y al final solo firmo. que le ofrecieron beneficios y ventajas, pero no recordó cuales, que recuerda haber recibido extractos de la AFP SANTANDER.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando HORIZONTE hoy 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 actora a PORVENIR S.A., el 12 de marzo de 2001, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de mayo de 2001, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no supe el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020).

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **MAIA ISABEL MENDEZ DE TORRES**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo

demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PROTECCION S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 01 de febrero de 2022, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARIA ISABEL MENDEZ DE TORRES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y 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 **PORVENIR S.A.** Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de la recurrente y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

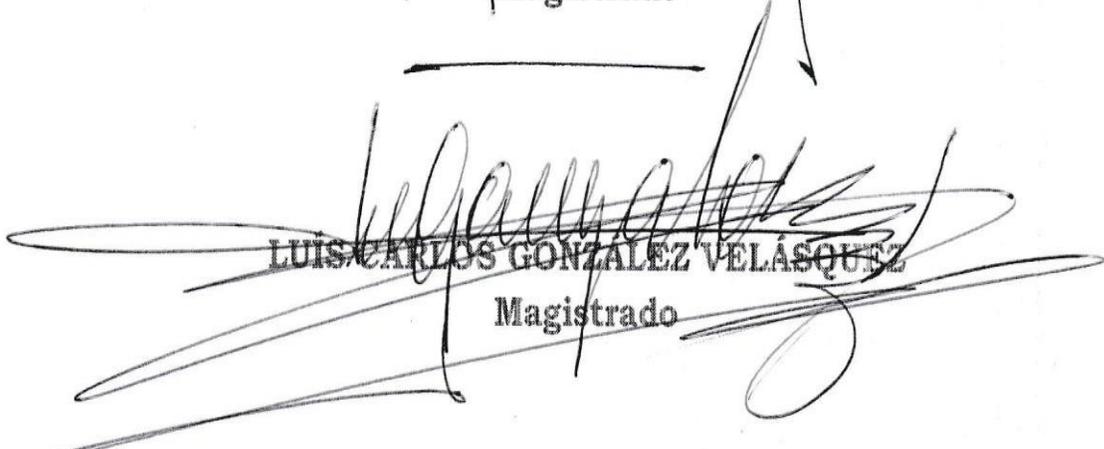
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105021202100051-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de octubre 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 Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Retroactivo pensional

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 10 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JOSE VICENTE MARTINEZ ALBARRACIN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES al Doctor(a) David Ricardo Guillen Rodríguez, con Cedula de ciudadanía No. 1.014.180.670 De Bogotá, abogado en y con portador de la Tarjeta Profesional No. 220267 del C. S. de la J.de Bogotá, con la Tarjeta Profesional No. 67612 del C. S. de la J. en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

JOSE VICENTE MARTINEZ ALBARRACIN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. para que se declare que COLPENSIONES realizó de manera errónea el cálculo del retroactivo de la pensión mensual vitalicia de vejez del Señor JOSÉ VICENTE MARTÍNEZ ALBARRACIN, solicitó que en el evento que no se modifiquen las resoluciones SUB 127292 del 12 de junio del 2020 y SUB 142026 del 3 de julio del 2020, se ordene a COLPENSIONES, devolverle, las sumas de dinero con su respectiva indexación de las cotizaciones que fueron pagadas con posterioridad a la fecha en que adquirió su estatus pensional.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que laboró desde el año de 1970 hasta el año 2009, que cotizó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, desde el periodo de abril del año de 1970, hasta marzo del año 2020, que cumplió la edad de 60 años el día 9 de junio del 2009, afirmó que para esa misma fecha tenía acreditadas más de Mil (1.000) semanas de cotización formalizando así los requisitos legales para adquirir su estatus de pensionado contemplados en el acuerdo 049 de 1.990, en su artículo 12 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que posteriormente continuó realizando aportes a pensión basándose en la información errónea proporcionada por COLPENSIONES., advirtió que teniendo en cuenta que para esa entidad, el corte del día 10 de junio de 2009, periodo inicial del reporte de semanas cotizadas a pensiones era mayo del año 1992, desconociéndose de esta manera los periodos cotizados entre el mes de abril del año 1971 y abril del año 1992, informó que el día 21 de junio del 2019, mediante radicado No 2019_8383680, en uso del derecho de petición, solicitó la corrección de la historia laboral, teniendo en cuenta que según reporte de semanas cotizadas en pensiones de fecha 18 de junio del año 2019, el primer periodo cotizado de su historia laboral era mayo del año 1992, que el 27 de agosto del 2019, la entidad COLPENSIONES dio respuesta a la solicitud de corrección laboral presentada el día 21 de junio del 2019, informándole que no se encontraban registros de pagos a su nombre, haciéndose necesario allegar a esa entidad documentos probatorios y/o soportes que acreditaran los ciclos cotizados. que subsiguientemente el día 13 de mayo del 2020, la Dirección de Afiliaciones de la entidad, expidió certificación de afiliación a nombre del el, indicando que este último se encuentra afiliado desde el 1 de abril de 1970 al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, que el 2 de Junio del 2020, presento en formato de recepción de solicitud de pensión mensual vitalicia de vejez No.2020_5350511, al cumplir con los requisitos exigidos por la ley como haber cotizado un mínimo de 500 semanas de cotización durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o haber acreditado un numero de Mil (1.000) semanas de cotización en 1998, en cualquier tiempo en aportes a COLPENSIONES y haber cumplido la edad de 60 años el día 10 de Junio del año 2009, como lo establece el acuerdo 049 de 1.990 en su artículo 12 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que el 12 de junio del 2020, la entidad COLPENSIONES lo notificó vía correo electrónico con la Resolución SUB 127292 del 12 de junio del 2020, donde en su resuelve y parte motiva se otorga la pensión mensual vitalicia de vejez, por cumplir con todos y cada uno de los requisitos exigidos por el acuerdo 049 de 1.990 en su artículo 12 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que tomo como base de liquidación para la pensión de vejez toda la historia laboral, informo que el 24 de junio del 2020, bajo documento con radicación N° 2020_6089695, interpuso Recurso de Reposición contra la resolución SUB 127292 del 12 de junio del 2020, por encontrarse inconforme con la liquidación realizada por COLPENSIONES, que al revisarse toda la historia laboral, desconociendo que sus aportes y cotizaciones realizadas entre los periodos de enero del 2010 y marzo del 2020, fueron realizados con el estatus pensional debidamente acreditado, es decir, su reclamación consistió en que le fueran devueltos los dineros consignados con posterioridad a la fecha en que adquirió su estatus a manera de retroactivo; que cotizando y actuando de buena fe basándose en la información que reposaba en los registros de la entidad demandada. Anunció que mediante

Resolución SUB 142026 del 3 de julio del 2020, COLPENSIONES resolvió el recurso de reposición, confirmando en todas sus partes la Resolución SUB 127292 del 12 de junio del 2020, advirtió que con la expedición del acto quedó agotada la vía gubernativa, toda vez que la negativa de devolución de los aportes, el acto que resolvió el recurso de reposición no es susceptible de recurso alguno.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada COLPENSIONES dio contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones inexistencia del derecho al retroactivo pretendido, cobro de lo no debido, buena, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (Archivo 13ContestaciónDemanda.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaro probadas la excepción de inexistencia del derecho al retroactivo pretendido, por las razones expuestas. Negó las pretensiones incoadas por JOSE VICENTE MARTINEZ ALBARRACIN en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Condeno en costas de esta instancia a la parte demandante y a favor de la parte demandada. fijando como agencias en derecho la suma de \$300.000 pesos.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la parte demandante, presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **señor JOSE VICENTE MARTINEZ**, interpuso recurso de apelación, sustentó que teniendo en cuenta que referente al desconocimiento legal para acceder a este derecho, es clara situación de ventaja por parte de la entidad al entregar una información posteriormente aceptada como cierta, que decretada como cierta y no dejándole otra oportunidad al mismo para

acceder al mismo, es decir, para poder conocer realmente cuál era su situación frente a semanas cotizadas, historia laboral no congruente con la realidad y que posteriormente fue modificada por la misma entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES petitiona confirmar la sentencia proferida en cuanto a que declaro la excepción de inexistencia del derecho al retroactivo pretendido, por cuanto la entidad concedió la pensión de vejez en el tiempo prudente y de acuerdo a los requisitos exigidos a la ley para la causación para el derecho pensional.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, el problema jurídico se circunscribe a establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de su pensión desde el 09 de junio de 2009, para lo cual el Despacho verificará lo correspondiente a la novedad de retiro.

Para resolver el problema jurídico planteado, se traen a colación los hechos respectos de los cuales no existe discusión:

- I) De conformidad con las documentales allegadas, se tiene que el señor JOSE VICENTE MARTINEZ ALBARRACÍN nació el 09 de junio de 1949, cumpliendo 60 años de edad el 09 de junio de 2009. (Fl. 7_01DemandayAnexos.pdf)
- II) Que el actor cotizó un total de 1.753 semanas ante COLPENSIONES, desde 01 de abril de 1970 hasta el 31 de marzo de 2020, conforme da cuenta la historia laboral allegada por la demandada.
- III) Que al actor le fue reconocida pensión de vejez con fundamento el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, al ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en cuantía inicial de \$877.803 con aplicación del 90% como tasa de reemplazo, a partir de 01 de abril de 2020.

Ha quedado sentado conforme al acervo probatorio que el señor JOSE VICENTE MARTÍNEZ ALBARRACIÓN, es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, toda vez que a primero de abril de 1994 contaba con más de 40 años.

Pues bien, aduce el actor que COLPENSIONES no realizó el cálculo del retroactivo pensional en debida forma en cuanto a la fecha a partir de la cual debió reconocerse la prerrogativa pensional, toda vez que lo que pretende el demandante es que su pensión de vejez le sea reconocida desde la fecha en que adquirió el estatus pensional, esto es el 09 de junio de 2009 fecha en la cual alega ya había cumplido con los requisitos establecidos en la norma.

DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE

Sobre el tema en particular, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que: *“La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.”*

En tal sentido la sentencia CSJ - SL del 24 marzo 2000, rad. 13425; precisó:

*“1-. Tal como lo resalta el impugnante, no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute. **La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez.***

“Así lo entendió en lo fundamental el tribunal, al aplicar e interpretar acertadamente el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que no tiene el sentido pretendido por la censura. Al respecto cabe precisar que, reunidos los requisitos mínimos del régimen de beneficio definido prescritos en los reglamentos o en la Ley, puede el asegurado solicitar la pensión de vejez que se ha causado en su favor. Mas, como es lógico, la tramitación de su petición puede requerir de un tiempo prudencial mientras el ente asegurador comprueba que se han cumplido satisfactoriamente las condiciones respectivas. Entretanto continuará el pago de las cotizaciones que muy seguramente aumentarán el valor de la pensión reclamada.

“La desafiliación del seguro de invalidez, vejez y muerte puede disponerla el Instituto de Seguros Sociales por iniciativa del empresario o por petición del interesado en obtener la referida pensión, siempre que haya acreditado los requisitos pertinentes.

“Precisamente una de las finalidades de la pensión es reemplazar el salario, esto es, suplir la pérdida de ganancia del mismo.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De una simple revisión del resumen de semanas cotizadas (Fl. 49_13 Contestación Demandada.pdf/Expediente Digital) es dable evidenciar que cotizó más de 1000 semanas hasta el 30 de marzo de 2020, que cumplió 60 años de edad el 09 de junio de 2009, que para la fecha 31 de enero de 2005 tenía cotizadas un total de 1223 semanas, es decir, más de 1000 semanas cotizados, sin embargo, no contaba con el requisito de edad, observándose que no hubo cotizaciones sino a partir de 01 de diciembre de 2009 sin interrupción hasta 31 de marzo de 2020.

Respecto a la obligatoriedad de las cotizaciones, enseña el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 4, Ley 797 de 2003 que: *“Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen. Salvo lo dispuesto en el artículo 64 de esta ley, la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente. Lo anterior será sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad.”*, pudiéndose concluir entonces que lo que busca la norma es regular la obligatoriedad de las cotizaciones, cosa distinta es el reporte de novedad de retiro del sistema, requisito que se torna necesario para la causación y el disfrute de la misma, tal como lo estipula el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, en concordancia con el 31 de la ley 100 de 1993, que en lo pertinente prevé que: *“**La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.**”*

Sobre la posibilidad de que la pensión sea reconocida a solicitud del afiliado la Corte se pronunció entre otras, en sentencia de 24 de marzo de 2000, radicación 13425, cuando indicó: *“<Tal como lo resalta el impugnante, no es dable confundir la acusación de la pensión de vejez con su disfrute. La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez.”*

Al respecto, conveniente resulta recordar la sentencia CSJ - SL 8497-2014, del 2 de julio de 2014 (rad.49226), que expresó:

“De acuerdo a lo anterior, si bien es cierto que no obra en el proceso la respectiva novedad de retiro o de desafiliación del sistema que presentó la entidad empleadora del demandante, de los medios de prueba que ya se han destacado con precedencia, si es posible inferir que ese hecho efectivamente se produjo en el mes de febrero del año 2007, pues las circunstancias que se han destacado, como es el cumplimiento de los requisitos del actor para acceder a la pensión de vejez, la solicitud de la respectiva prestación económica que hizo el asegurado, la correspondencia que le remitió la empresa que fungió como empleadora del trabajador, la dejación del empleo del demandante y el no haber seguido realizando aportes al sistema pensional con posterioridad a dicha calenda, son signos inequívocos de aquel requisito que echó de menos el sentenciador de alzada para negar el reconocimiento del retroactivo pensional solicitado.

*Al efecto es pertinente rememorar lo expuesto por la Sala sobre el tema en controversia, cuando en la sentencia CSJ - SL, 1º feb. 2011 rad. 38776, al reiterar otras en el mismo sentido, dijo: No desconoce la Corte que, de manera excepcional, tal como lo explicó en la sentencia del 20 de octubre de 2009 (radicado 35605), **cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.**” (Negrilla fuera de texto)*

Dentro del sub examine, no podría cobrar sentido la teoría del retiro tácito del sistema, toda vez que no se observa que el actor, con posterioridad al cumplimiento del requisito de edad hubiese solicitado el reconocimiento pensional, contrario a ello, a partir del periodo 01-12-2009 continuó cotizando nuevamente, de ahí que no era clara su intención de retiro del sistema a fin de que se empezara a cancelar su prestación de forma inmediata, entendiéndose que contrario a eso siguió cotizando pues se entiende que buscaba mejorar el monto de su pensión, reiterándose que la validez de la teoría de la desafiliación tácita requiere dos presupuestos: (i) la cesación efectiva de las cotizaciones y (ii) que se presente la solicitud pensional, habiéndose verificado lo primero con el ciclo de marzo de 2020 y lo segundo el 02 de junio de la misma calenda.

Conforme a lo esbozado, es claro que el demandante cumplió con los requisitos establecidos en la ley para acceder a su prestación el 09 de junio de 2009 al contar con la edad y número de semanas mínimas cotizadas al sistema, sin embargo, posterior a ello no se evidencia su deseo de adquirir el beneficio pensional, a través de la respectiva solicitud ante la demandada, por tanto, no puede olvidarse que el Alto Tribunal, ha manifestado de que por lo menos debe acreditar dos de las tres situaciones que planteó cuando

en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, tesis reiterada en pronunciamiento más reciente providencia **No. SL534-2020**.

Bajo ese entendido, la demandada reconoció el retroactivo pensional a partir del 01 de abril de 2020, al considerar que el afiliado ya cumplía con los requisitos para acceder a la prestación pensional, pues el actor continuó cotizando hasta el periodo de marzo de 2020, siendo indispensable su desafiliación al sistema.

Entiéndase que el disfrute de la prestación depende de la desafiliación al sistema, la cual puede darse de manera tacita, cuando se solicita la pensión al fondo y se deja de efectuar cotizaciones es porque pretende se comience a cancelar la prestación de manera inmediata, distinto cuando el trabajador sigue cotizando, lo cual debe entenderse como que el afiliado busca mejorar el monto de la prestación, situación permitida por la ley parágrafo 3 artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por lo que, esa voluntad manifiesta un acto valido para tomar como parámetro determinar la fecha en que se empieza a disfrutar de la prestación.

En consecuencia, no podía la entidad demandada haber reconocido la pensión de vejez al demandante a partir del 09 de junio de 2009, dado que no existía novedad de retiro, ni se dejó de efectuar cotizaciones lo cual es indispensable, máxime cuando siguió cotizando hasta el ciclo de marzo de 2020, debiendo entonces reconocerse la prestación desde abril de ese mismo año.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de mayo de 2022, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JOSE VICENTE MARTINEZ ALBARRACÍN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

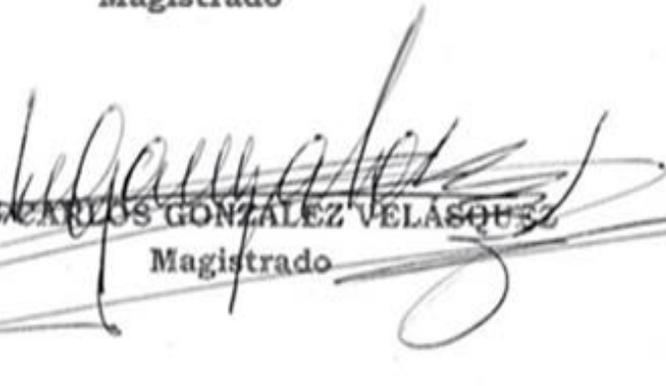
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante JOSE VICENTE MARTINEZ ALBARRACIÓ. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$300. 000.oo., a favor de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105022202100307-01

En Bogotá D.C., hoy diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver 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 18 de enero de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ ÁNGELA BURBANO DUQUE CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Doctora Karen silvana Mendivelso Cuellar, Cedula de ciudadanía No. 1.010.201.041 de Bogotá, abogada en ejercicio portador(a) de la Tarjeta Profesional No. 267784 del C. S. de la J. en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

LUZ ÁNGELA BURBANO DUQUE, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad de los actos jurídicos de traslado de régimen pensional o ineficacia de los actos jurídicos del traslado de régimen realizado, a través de los cuales ella, migró del RPMPD, administrado por el extinto ISS, inicialmente a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., que se declare valida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al RPMPD, hoy administrado por COLPENSIONES. Solicitó

que en consecuencia, de lo anterior, se ordene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los saldos, cotizaciones y/o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, con todos y cada uno de los aportes completos, que ella realizó al RAIS, con sus respectivos rendimientos, y sin ningún tipo de descuento, tales como: Cuota de administración, por comisiones, ni por las mesadas pensionales canceladas hasta la fecha y con la diferencia entre el valor de lo trasladado por la AFP y lo que hubiere cotizado de haber permanecido RPMPD; que se ordene a COLPENSIONES que una vez reciba de la AFP PORVENIR S.A., las cotizaciones y/o aportes, los saldos, beneficios, rendimientos y diferencias económicas, acepte el traslado pensional del RAIS al RPMPD y a reactivar la afiliación y cargar en su historia laboral todas sus cotizaciones al RPMPD; finalmente solicitó que se declare lo ultra y extra petita y que se condene a las demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 21 de marzo de 1964., indicó que el día 7 de julio de 1997, se vinculó al RPMPD, administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES; que en enero de 2000, mediante formulario se trasladó del RPMPD al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., manifestó que los fondos privados para esa época, lo que pretendían eran captar afiliados y mejorar sus estadísticas de rendimiento financiero como cualquier tipo de entidad bancaria, que no buscaba el asesoramiento legítimo a los usuarios, si no, simplemente el incremento de sus capitales, que los asesores de las Administradoras de Pensiones, gestionaron su traslado pensional a la AFP PORVENIR S. A., que la misma no le brindó la asesoría legal que se requería para esta determinación, que no le dieron la información plena, cierta, seria y oportuna, que le permitiera tomar la decisión jurídica bajo un conocimiento completo, informado y consciente de las consecuencias que generaría esa decisión, afirmó que el representante de la AFP no ofreció las proyecciones de su expectativa pensional en los dos regímenes, teniendo como apoyo el mismo salario en ambos cálculos; ni tampoco le precisaron el valor de la pensión si permaneciese en el RPMPD, para que fuere cotejada con el monto que se causaría en el RAIS; expresó que la carencia de asesoría legal concreta y específica la llevaron a error de deducción, implicándole trasladarse de régimen pensional, circunstancia que la llevo a una pensión de vejez con un monto pensional inferior al que causaría si hubiera permanecido en el esquema del RPMPD; Informó que como consecuencia de lo anterior el 31 de marzo de 2015, presento derecho de petición, donde solicitud el traslado de régimen a la COLPENSIONES, teniendo en cuenta la sentencia de unificación SU 062 de 2010, indicó que en respuesta de la entidad BZ2015-3138190-0989825, del 10 de abril de 2015, manifestó que el trámite fue radicado y se envió a Asofondos con el total de semanas cotizadas en el RPMPD, a efectos de establecer si era procedente realizar el traslado por sentencia de unificación; comunicó que está afiliada y cotizando para pensiones a la AFP PORVENIR S. A., que devengó siempre una suma superior al salario mínimo legal mensual vigente y en igual medida realizó sus aportes al Sistema de Seguridad Social y que sin importar el ingreso base de cotización IBC con el que efectuó sus cotizaciones al Sistema de Pensiones, se tiene que el valor de la mesada pensional que ofrece el fondo privado, resulta bastante inferior a la que tendría derecho en el RPMPD, de no haber sido engañada por el asesor de la AFP PORVENIR S.A., finalmente expresó estar pasando por una situación de tristeza y angustia, por su situación pensional, que de pensionarse con la AFP PORVENIR S.A., no

podría retirarse del servicio por carencia de medios económicos para subsistir, pues su mínimo vital disminuiría en más de un 50%.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 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 e innominada o genérica. (Archivo 08, fls. 50 a 67).

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. (Archivo 07, fls. 30 a 32).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de enero de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, acaecido en noviembre de 1999; en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPMPD. Ordenó a PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliada actualmente la actora, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales. El porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínimo; así mismo se condenó a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES. Declaró que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones. Ordenó a COLPENSIONES, recibir los dineros provenientes de PORVENIR S.A., efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. Finalmente condenó en costas a la demandada PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, exaltó que su inconformidad es con relación del numeral, primero en relación a la ineficacia del traslado, el cual fue realizado por la parte actora en noviembre de 1999, indicó que PORVENIR S.A., contrario a lo enunciado en el fallo de su parte conciliativa y resolutive cumplió con el deber de información, de conformidad con la normativa que se encontraba vigente para la época, la cual exige dejar una constancia de caracteres titular de lo informado a la filial, resaltó que los administradores de fondos de pensiones, adquieren en su cabeza, la obligación de asesoría e información para sus afiliados como para el público general desde el año 2010 en adelante con el decreto 2555 de dicha anualidad, que la ley 2071 y la ley 1748 de los años 2015 y 2014 correspondientemente en la misma línea, indicaron que el ente gubernamental que vigila las administradoras de fondos de pensiones, la Superintendencia Financiera en algunos conceptos, ha sido enfática en señalar, que la obligación de otorgar información clara, cierta comprensible y oportuna respecto a las condiciones de la filiación, de las pretensiones de los afiliados; nace el ordenamiento jurídico a partir del año 2010 con la normativa antes reseñada; citó lo que establece el concepto 001 del 12 de junio del año 2017. *“La obligatoriedad de ofrecer una asesoría entendía como la información clara, cierta comprensible y oportuna respecto a las condiciones de su afiliación de manera tal que el consumidor financiero, pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho, régimen o de trasladarse entre administradoras se encuentra expresamente consagrada a partir el 1 de julio del año 2010, fecha de entrada en vigor decretó 2242 del año 2010.”* Que lo anterior se encuentra también estipulado en el concepto 910 del 29 de diciembre del año 2015, el cual básicamente se encuentra encaminado lo que expresó la Superintendencia en el concepto anterior. Señaló que las obligaciones generales y especiales vigentes para PORVENIR S.A., al momento de realizar el traslado inicial de régimen pensional de la demandante, se encuentran establecidas en los artículos 15 y 14, de los decretos 656 desde el año 94 y entre los cuales no se establece el deber de información que ha alegado la actora desde su escrito demanda y en el interrogatorio de parte de la actora.

Solicitó que se tenga en cuenta, lo que se practicó en el debate probatorio en primera instancia, que la actora sustentó que se le expusieron unas situaciones de carácter particular y específicas con respecto a las características propias del RAIS, desde el formulario de traslado como el régimen de transición, los bonos pensionales y las implicaciones de la decisión de vincularse con PORVENIR S.A., que la demandante manifestó ser abogada, que esta situación le permitía, conocer unas situaciones de carácter particular respecto de ese negocio jurídico que nació a la luz en noviembre de 1999, que ella manifestó algunas características, que su profesión le da para entender en efecto que era lo que se le estaba informando, que entendió las implicaciones que ello generaba y las características que básicamente se le ofrecieron.

Finalmente manifestó que los gastos de administración y los seguros previsionales que se causarán durante la vinculación de la actora con PORVENIR S.A., no son un capricho de la AFP, realizar descuentos por ese rubro, que estos se descuentan a los afiliados del RAIS, para compensar el manejo de los recursos, respecto de sus afiliados, como se pudo identificar con el informe de movimientos que se aportó como prueba a esta demanda, donde se identifica que, en efecto, se han realizado, flujos de dinero de la cuenta de ahorro individual tendientes de obtener rendimientos financieros. Indicó que PORVENIR S.A., si cumplió con la obligación, que se encuentra específicamente en el 20 artículo la 100 del 1993, que la faculta para ello. Exteriorizó que con respecto de la condena que se impuso a PORVENIR S.A., referente a los seguros previsionales, se trata de conceptos que básicamente se encuentran encaminados a que se responda por parte de las administraciones de fondos de pensiones para las contingentes de carácter inciertas y futuras que se materializan en la invalidez y muerte. Para qué, bien sea el afiliado o sus beneficiarios los que puedan disfrutar de la mesada pensional en la eventualidad que se llegare causar.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que no comparte la interpretación que hace el despacho del artículo 2 de la ley 797 de 2013 que modificó el literal E el 13 artículo de la ley 100 de 1993, adujo que el juez de despacho considero que esta prohibición legal corresponde a un término prescriptivo distintivo de derecho, lo cual no es así la esencia misma de la norma fue creada o recae en salvaguardar el principio de solidaridad o fidelidad al sistema pensional, principio de solidaridad y fidelidad que la demandante no cumplió en COLPENSIONES, que por lo menos en los últimos 10 años de cotización, previos a cumplir la edad para pensionarse. Advirtió que la aplicabilidad de esta prohibición legal no le extingue ni le prescribe derechos, como quiera que la demandante cumpla los requisitos de ley, en cualquiera de los regímenes pensionales, pues será pensionada por vejez en el caso que ocurra así, que el incumplimiento de Principios Constitucionales ya nombrados, como el que los jueces que están sometidos al imperio de la

ley y solo se usará la jurisprudencia como criterio filial, señaló que en este caso están siendo violados o incumplidos por parte del juez primera instancia en su sentencia, dentro del encuadramiento jurisprudencial que quiere hacer valer la parte actora y el derrotero que siguió juez de despacho, Solicitó que se tenga en cuenta, que para retornar al RPMPD, el incrementar el valor de su mesada pensional, la pacífica jurisprudencia, la Corte Suprema Justicia, no reputa como una falta al deber de la información, ya que para la época del traslado era imposible saber cuál iba a ser la mesada principal de la demandante, razón por la cual, la actora no logró demostrar ni probar en qué recaía el deber de información por parte de los fondos, que simplemente se limitó a señalar que la demandante, no fue debidamente asesorada, advirtió que en el interrogatorio de parte dijo, que se siente engañada por todos y cada una de las cosas que le prometió PORVENIR S.A., que al indicarle qué especificara, cuáles eran esos engaños que la hicieron recaer en error y que sustentara la falta de la información, los que no expuso ampliamente y ni mucho menos de manera específica, que con respecto a lo anterior hay incontable teoría de la Corte Suprema Justicia, respecto a la inversión de la carga de la prueba en tal sentido, solicitó que se analice cuál es la situación de COLPENSIONES en todos y cada uno de los procesos de nulidad traslado, ya que está asumiendo, responsabilidades de terceros, que está demostrado que financieramente aunque se trasladen los ahorros cotizados y sus rendimientos, estos no alcanzarán sino para solventar una pensión por máximo 10 años, sostuvo que será el RPMPD, el que subsidiara la pensión de la aquí demandante, haciendo esto pues un evidente detrimento financiero al Régimen Público de Pensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por COLPENSIONES, reitera que el traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin que esta hubiera demostrado ningún vicio en el consentimiento, no configurándose los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad habiendo firmado el formulario de apelación, no es procedente porque afectara la sostenibilidad financiera.

Finalmente, la parte demandante, argumenta que está conforme con la sentencia en cuanto el fondo no logró acreditar que el traslado de régimen efectuado aun cuando estuviese precedido de la suscripción del formulario ya que este se firmó sin la debida información.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración y los seguros previsionales que se causarán durante la vinculación de la actora con PORVENIR S.A.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 31 de marzo de 2015 y su respuesta el 10 de abril de 2015. (Archivo 003, fls 11 – 13).

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).

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

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente distímil 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 21 de marzo de 1964 (Archivo 003 fl. 8); ii), que cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 07 de julio de 1997 y el 01 de enero de 2000, 244 semanas (Archivo 007, fl. 36); iii) que el 24 de noviembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de enero de 2000, (Archivo 007, fl. 143) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 167 semanas (Archivo 007, fl. 34 a 77).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte a la demandante, quien informó que su estado civil es casado, que actualmente es empleada de la Aeronáutica Civil, que es profesional en derecho; indicó que realizó su traslado a PORVENIR S.A., cuando a las oficinas de la Aeronáutica Civil, funcionaban en el antiguo Aeropuerto el Dorado, que llegaron unos representantes de esa AFP, que les hicieron reuniones donde les informaron que el ISS iba a desaparecer, que todos iban a quedar desprotegidos, señaló que ellos le ofrecieron: Que ese fondo los iba a proteger. que quedarían mejor que en el ISS, afirmó que que el 90% de los funcionarios se trasladaron; advirtió que no recibió información sobre el régimen de transición, bono pensional, implicaciones de su decisión tanto favorables como las desfavorables; reveló que firmo el formulario de traslado de fecha 24 de Noviembre de 1999, motivada por la información de que el ISS iba a desaparecer, expresó que la indujeron al error, que ella no diligenció las casillas del formulario, que no tuvo la posibilidad de leerlo porque lo firmo en blanco; testifico que para la época del traslado ya era abogada, que no ha realizado aportes voluntarios en pensión y no conoce la figura. Reveló que solicitó en el año 2015 a COLPENSIONES, el traslado de régimen, que la entidad le contestó por medio de un oficio, indicándole que el caso entraba estudio, pero que nunca volvió a comunicarle nada; reitero que si bien es abogado, sus especialidades son en derecho tributario, aduanero y aeronáutico, que por lo anterior no tiene conocimiento en temas laborales; que la solicitud la hizo porque se enteró en la oficina que era más favorable retornar al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, que fue advertida de la situación y de las diferencias de los beneficios que se tenían en uno y otro régimen, que si se pensionaba con PORVENIR S.A., su pensión no iba

a superar el mínimo y con COLPENSIONES, correspondería una pensión con promedio de los últimos años, con un porcentaje del 75% o 85% de su salario, afirmó que el motivo por el cual presentó la demanda ordinaria y laboral y dio inicio a este proceso, es porque tiene una inconformidad con el valor de la mesa pensional que recibiría en PORVENIR S.A., frente a la que obtendría eventualmente en COLPENSIONES; advirtió que fue engañada, que si hubiera estado bien informada jamás hubiera tomado la decisión de trasladarse de régimen.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 el actor a PORVENIR S.A., 24 de noviembre de 1999, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de enero de 2000, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no sule el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **LUZ ANGELA BURBANO DUQUE**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019

y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de enero de 2022, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUZ ANGELA BURBANO DUQUE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS 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 **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

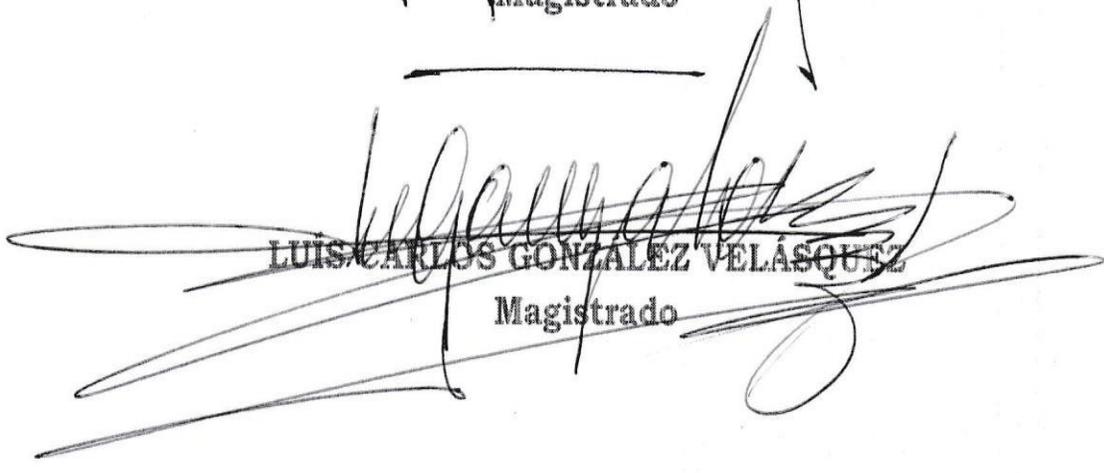
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023202100024-01

En Bogotá D.C., hoy diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver 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 22 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ROSA DEL CARMEN CORAL IBARRA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

ROSA DEL CARMEN CORAL IBARRA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR, ocurrido con diligenciamiento de formato de afiliación el 26 de julio de 1999, por no estar fundado en una decisión libre y voluntaria, solicitó que se

declare que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVERNIR S.A. está obligada a entregar a COLPENSIONES, el valor total de los aportes existentes en su cuenta de ahorro individual y que tiene que derecho a que se le reconozca una pensión de vejez en os términos previstos en el RPMPD, administrado por COLPENSIONES.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 16 de marzo de 1961., que actualmente cuenta con 57 años de edad; indicó que inició su vida laboral en el Hospital Eduardo Santos, que sus aportes los realizó a CAJANAL, que se afilió al ISS el 8 de febrero de 1989 y, desde entonces hasta julio de 1999, que posteriormente ingreso al RPMPD, del Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993, por mantener sin interrupción alguna su afiliación al ISS, que en los años subsiguientes los fondos de pensiones del RAIS, realizaron una agresiva e incesante campaña de mercado en su lugar del trabajo, manifestó que en el año 1999, empleados de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVERNIR S.A. realizaron charlas donde ella laboraba, que le informaron que el ISS, se iba a acabar, para luego pasar a ofrecer como una verdadera alternativa la afiliación a ese fondo, por los siguientes beneficios: Que los aportes realizados a cada cuenta individual tendrían mayor rentabilidad, que la mayor rentabilidad generaría un ahorro adicional para acceder a una pensión similar al salario, que el ahorro adicional además permitiría programar el retiro antes de la edad requerida para pensión, que si el trabajador llegare a fallecer los aportes recaudados harina parte de la masa sucesorial; expresó que creyó en las falsas expectativas que le ofrecieron y que el 26 de julio de 1999, accedió a diligenciar el formato de afiliación a PORVERNIR S.A., señaló que con el transcurrir del tiempo, se enteró de la real situación, que sus compañeros que se pensionaron, empezaron a recibir una mesada pensional reconocida por los Fondos Privados y esta era inferior a la que podrán recibir en el RPMPD, así que concluyó que no era cierto que podía pensionarse antes del cumplimiento de la edad establecida en la ley, que ahí entendió que la información suministrada por PORVERNIR SA, con base en la cual acepto afiliarse a ese Fondo era incompleta, insuficiente, que fue inducia al error, que fue un engaño, en razón a que la información que le brindaron no incluía dato alguno acerca del capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para acceder a una pensión igual al monto de su salario y antes de la edad establecida en la ley, que PORVERNIR S.A., que nunca le informó que quedaría con una pensión inferior a la que recibiría si estuviera en el RPMPD, con base en los mismos aportes, advirtió que por su capacidad de ingreso y de aporte, la condición más beneficiosa para ella era continuar en el RPMPD, que PORVERNIR S.A. omitió el deber que tenía con ella, de darle información clara, objetiva y suficiente de las consecuencias del traslado para que ella pudiera tomar una decisión libre y voluntaria, orientada por el principio de la condición más beneficiosa para ella, que no comprometiera el mínimo vital para su vejez, manifestó que en el año 2018, presentó a la ante PORVERNIR S.A., petición de traslado a COLPENSIONES y de los aportes efectuados a PORVERNIR S.A., que mediante comunicación de febrero 5 de 2018, le suministraron información general de su cuenta individual, incluyendo una proyección pensional, resultante de un cálculo provisional con tasas fluctuantes, con la advertencia de no tener conocimiento del valor del bono pensional, pero sin mencionar siquiera un estimativo de la mesada pensional y sin dar respuesta a la petición formulada, expresó que presento nuevamente ante PORVERNIR SA.,

petición de nulidad de su afiliación y solicitud de traslado de sus aportes al RPMPD, que le fue remitido un comunicado, con fecha 18 de abril de 2018, indicándole que en respuesta a la petición de 26 de enero de 2018, le reiteran la comunicación de febrero 5 de 2018, incluyendo datos de capital de la cuenta individual, pero nuevamente sin hacer alusión a un estimativo de la mesada pensional y, sin dar respuesta a la petición formulada, finalmente indicó que el 3 de agosto de 2018, diligencio el formato de afiliación en COLPENSIONES y radicó solicitud de traslado de sus aportes de PROVERNIR S.A., que COLPENSIONES da respuesta a su petición de afiliación y traslado de aportes, mediante comunicación de agosto 3 de 2018, indicando que no se daba trámite a la solicitud porque ella se encontraba a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., COLPENSIONES dio contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas, PORVENIR S.A., siendo notificada en legal forma (fls, 7-10) no se pronunció al respecto.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen; imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del 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; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción; inexistencia de intereses moratorios e indexación e innominada o genérica. (fls. 11 a 18).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS por PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia; en consecuencia condenó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ROSA DEL CARMEN CORAL IBARRA, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordena devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago; declaró que la demandante ROSA DEL CARMEN CORAL IBARRA para efectos pensionales, se encuentra

afiliada al RPMPD, administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y finalmente condeno en costa a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, argumentó que no existe razón alguna para imponerle a PORVENIR S.A. la obligación de trasladar de régimen pensiones a la demandante, en razón a una supuesta ausencia información en la afiliación por parte de la AFP, indicó que no hay ninguna norma legal que indique que la consecuencia, en el evento en que exista una deficiencia de información, que se le dio a la afiliada antes de que tomara la decisión de desplazarse de régimen pensional, de lo antes expuesto, señaló que la obligación de informar por escrito sobre los beneficios de cada uno de los regímenes pensionales o sobre el monto de la pensión que se obtendría, no era una obligación que se tenía y que no era exigible para el momento en que se realizó la afiliación de la actora, teniendo en cuenta que esos requerimientos surgieron con posterioridad a su afiliación, expresó que se debe tener en cuenta que el artículo 271 de la ley 100 de 1993, consagra expresamente la ineficacia de traslado de régimen pensional por fallas en la información, suministrar al afiliado es de carácter eminentemente sanatorio, que nada dice respecto a las obligaciones de información por parte de las administradoras del sistema de pensión. que lo anterior constituye una hermenéutica equivocada que no corresponde a las reglas de interpretación de la ley aplicable en nuestro ordenamiento jurídico; trajo a colación los artículos 272 de la ley 100, el artículo 13 el Código Sustantivo del Trabajo y 50 la Constitución Política, advirtió que por las normas citadas, es posible concluir la ineficacia del traslado de régimen ante la falta información correcta al afiliado, que ninguna de esas normas establece esta consecuencia, que no se refieren al del régimen, por lo que no hay ningún elemento de juicio extra para este, que es una consecuencia puntual como la ineficacia del acto jurídico, solamente con base en su naturaleza proteccionista; que por lo anterior, cuando se produjo el acto en materia del proceso, este era perfectamente admisible, pues la información a quienes estaban interesados a vincularse al RAIS, que las mismas se podían suministrar en forma verbal, sin que ello pueda señalarse que no fue completa, transparente, veraz y oportuna: por otro explicó que la demanda pretende hacer recaer sobre la AFP, total responsabilidad sobre el deber de información acerca de las consecuencias del cambio de régimen, que esto no excusa a la actora, que debió por su cuenta indagar sobre las

implicaciones que tiene el acto de traslado de régimen pensional, que el hecho de ser afiliado en el asunto, no la eximía de actuar con dedicación en un asunto con implicaciones tan importantes como son las pensionales, que pues en virtud en principio de igualdad, dicha obligación también recae sobre el afiliado, quien es conocedor de su situación particular y concreta sobre sus expectativas laborales y pensionales, que cabe recordar que todos los afiliados al régimen de pensiones tenían y tienen obligaciones, que esto lo corrobora el decreto 2241 de 2010 al señalar que como consumidores financieros, deben informarse adecuadamente a las condiciones del sistema de general de pensiones, de las diferentes modalidades de pensión, aprovechar los mecanismos de divulgación de información y capacitación para conocer el funcionamiento, del sistema general de pensiones y los derechos y obligaciones que le corresponden y de emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones como entre otras, la afiliación, el traslado a la administradora o de régimen pensional, la selección de modalidad de pensión e identidad aseguradora que le otorgue la renta vitalicia o elección de tipo de fondo dentro del esquema determinado y seleccionado, según sea el caso; posteriormente reveló que en el interrogatorio de parte a la demandante y con el escrito de la demanda quedo demostrado, que se le informó que los aportes realizados a cada cuenta individual tendrían una mayor rentabilidad, que esa mayor rentabilidad le generaría un ahorro adicional para acceder a su pensión, que el ahorro adicional le permitiría programar un retiro antes de lo requerido normativamente para acceder a la pensión de vejez, que si llegara fallecer y que ella no hubiese cumplido con los requisitos provisionales, sus herederos tendrían derecho a los aportes depositados en su cuenta de ahorro individual, que también señaló la demandante que su mayor motivación para trasladarse nuevamente a COLPENSIONES obedecía únicamente a que ella conoce que tendría mejores beneficios, que ella no se acercó a ninguna entidad, administradora de pensiones para validar dicha información, que es información que ella recibió por fuera, sin un concepto válido que demuestra las afirmaciones realizadas, indicó que las contradicciones presentadas en el interrogatorio y en el escrito de la demanda, permiten evidenciar que si se presentan los requisitos de información, exigidos a los asesores de PORVENIR S.A., advirtió que el este despacho de primera instancia se alejó de la normatividad vigente y aplicable, que POVENIR S.A., sí realizó un claro y amplio proceso de información. Finalmente solicitó que, si se confirma la sentencia de primera instancia, que se tenga presente que de declárese la nulidad o la ineficacia del acto de tal traslado no resulta viable que, como parte de las prestaciones mutuas que corresponden, se ordene la administradora la devolución de los gastos de administración y primas de seguros provisionales, que ha estado también obligada a contratar y ellos así, porque las sumas correspondientes a los gastos de administración tienen por mandato legal una destinación específica, que en este caso cumplió plenamente con su cometido, en el cual la demandante ha mantenido su vinculación en el RAIS y de tal suerte es que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la ley y no se encuentran ya en poder de la entidad, pues fueron destinadas a cubrir todos

los gastos, con la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual de la demandante, principalmente a el manejo de las inversiones tendientes a obtener el incremento y rentabilidad de esos recursos, que de no ser así, la demandante no tendría los rendimientos, expresó que no tiene ningún sentido y no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas, que en caso de nulidad de un acto jurídico la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, igualmente debe devolver las sumas que invirtió para mantener y para incrementarlo en cumplimiento de mandantes legales que estaba obligada a acatar, que es claro que las sumas destinadas a los casos de administración y primas provisionales ya se agotaron o extinguieron por haber sido destinadas al cumplimiento de su objetivo.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que no se evidencian vicios del consentimiento o dolo, que la demandante no tenía una expectativa legítima, como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaba más de 20 años para acceder a la pensión de vejez. Indico que lo anterior, según la sentencia C 789 del 2002; manifestó que en cuanto a la llamada expectativa legítima, es importante resaltar que la demandante ya se encuentra inmersa en la prohibición del traslado señalada en la ley 797 del 2003, el que modificó la ley 100 del 1993, aseveró que ella no es beneficiaria del régimen de transición por semanas, de manera que no le son aplicables las sentencias SU 130 del 2013 y la SU 062 del 2010 de la Corte Constitucional; solicito que se tenga en cuenta la sentencia con radicado número 2016-00087 del 17 de enero del 2017, del Tribunal Superior de Pereira, la que indicó que la simple manifestación de inconformidad, de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el RPMPD, pueda resultar superior al que ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que, cuando se realizó el traslado, se haya hecho movido por un engaño, por una equivocada información por parte del Fondo; afirmó que en el interrogatorio de parte la demandante manifiesto que su principal motivación, de dicho proceso, es porque encuentra inconforme con la mesada pensional que va a recibir en este momento en el RAIS, en conclusión manifestó que lo que realmente existió, fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que ella decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por más de 20 años.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Entre tanto, PORVENIR peticiono que se revoque porque el demandante se encontraba dentro de la prohibición legal de trasladarse de régimen, además no demostró que el traslado hubiera sido viciado ni que se le hubiera echo incurrir en error, ya que firmo de manera voluntaria.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 3 de agosto de 2018 y su respuesta el mismo día. (fl 57).

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).

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

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

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

Debe de forma adicional, 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 16 de marzo de 1961 (fl. 54); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 8 de febrero de 1989 y el 31 de marzo de 1999, 504,71 semanas (fl. 112); iii) que el 26 de julio de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., (fl. 52) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por la parte actora, con 1,371 semanas (fl. 35).

Continuando se absolvió interrogatorio al apoderado de PROVENIR S.A., quien indicó que PORVENIR S.A. cuenta con el formulario de afiliación que se suscribió el 6 de julio del año 1999, la demandante, soporte frente a la filiación que se hizo efectiva hasta el 1 de septiembre de la misma anualidad. qué los soportes con que cuenta la entidad respecto a la información suministrada a la demandante con posterioridad a la firma de ese documento, es la solicitud de información sobre bono pensional, manifestó que si es cierta la comunicación que PORVENIR S.A., le entregó a la afiliada, el 28 de febrero del 2018, donde se le explicó que no le podían dar información de la historia laboral consolidada, ni calcular la parte de pensiones porque le falta la edad del pensionado y su grupo familiar, que con respecto a lo anterior se debe tener en cuenta que la única forma de realizar como una proyección pensional exacta, es al momento en que se cumplen los requisitos para tener derecho a la mesada pensional teniendo en cuenta que hasta esa fecha la AFP, contara con historia laboral precisa y con los ingresos base de cotización, además de los montos consignados a la cuenta de ahorro individual de la demandante para poder proyectar la pensión, señaló que el no estuvo en el acto de afiliación de la demandante, que tiene conocimiento, que contó con una asesoría profesional y completa, y que le dieron información clara y veraz prevista en los elementos de juicio que eran requeridos para que tomara una decisión consciente al momento de solicitar su traslado de régimen, que en dichas asesorías se le informó a la demandante, entre otras cosas, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual, que esto es el 110% del valor del salario mínimo sometido, pues a una realización de un cálculo actual, que podría realizar aporte voluntarios periódicos ocasionales, que tendría derecho a un bono pensional si había aportado 150 semanas antes del traslado del régimen pensional y que su vinculación al RAIS era

completamente voluntario y que de lo anterior no tiene la AFP, soporte documental.

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que su estado civil es casada, que es profesional de enfermería con maestría y es Docente Universitaria, que se encuentra trabajando actualmente en la UDSEA; indicó que actualmente no se encuentra pensionada, que para el año 1999, estaba trabajando en la Universidad Mariana, que llegaron a la institución a darles una información general a todos los empleados, y les informaron, que el ISS se iba a acabar, que les convenía mirar la posibilidad de trasladarse al Fondo Privado, que les brindaba unas ventajas importantes, como pensionarse pensionar más rápido, algo que la ilusiono, argumentó que ella no vio que más hacer, si el Seguro Social se iba a acabar, afirmó que no se devolvió a COLPENSIONES porque no tenía conocimiento, que si hubiera estado bien informada no estuviera luchando en este momento haciendo la demanda, que le formulario que firmo con PORVENIR S.A., fue de manera libre y voluntaria, pero que nunca leyó lo que decía el formulario, porque sintió confianza con lo que le informaron en la reunión, expresó que PORVENIR S.A. nunca le informo que sus aportes serían depositados en una cuenta de ahorro individual, que le generarían rendimientos y tendrían mayor rentabilidad, manifestó haber recibido extractos periódicos por parte de PORVENIRS.A., que nunca se acercó a indagar sobre los requisitos para acceder a su derecho pensional, que su motivación para regresar al RPMPD, es porque después de años de trabajo. salir pensionado con el salario mínimo, no le parece justo, enseñó que lo que gana su empleada del servicio

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

la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 el actor a PORVENIR S.A., el 26 de julio de 1999, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no sule el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y

veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **ROSA DEL CARMEN CORAL IBARRA**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ROSA DEL CARMEN CORAL IBARRA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

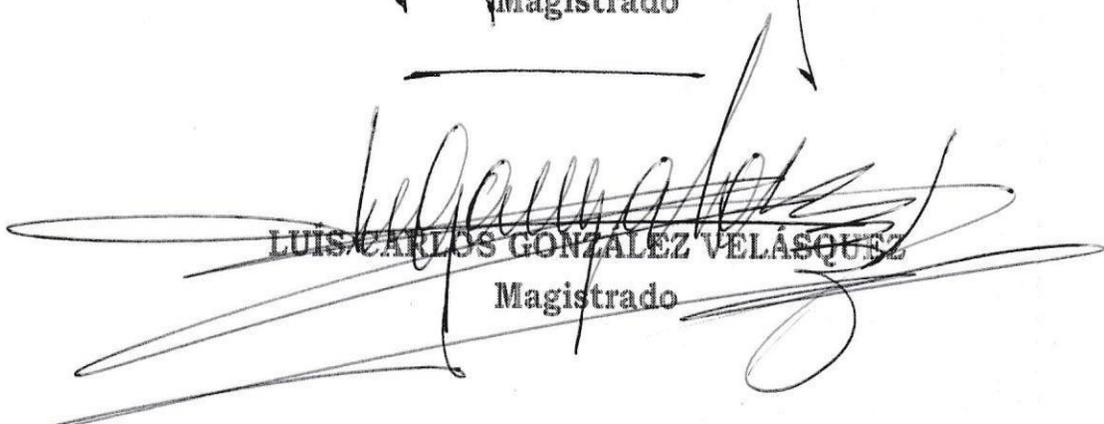
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026202000076-01

En Bogotá D.C., hoy diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., y grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 28 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JACQUELINE MONJE LOMBANA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

ANTECEDENTES

JACQUELINE MONJE LOMBANA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS., para que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, por presentar vicio en el consentimiento y haber sido víctima de engaño por parte de las Administradoras de Pensiones OLD MUTUAL S.A, y PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, al no haber realizado, la correspondiente asesoría de acuerdo a su realidad pensional y valiéndose de informaciones falsas y faltas de claridad, que se declare su derecho a permanecer afiliada al RPMPD, administrado por COLPENSIONES; que en consecuencia de lo anterior se condene a la AFP OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar en el menor tiempo posible los aportes de su

cuenta individual a COLPENSIONES; que se condene a COLPENSIONES a recibir el traslado de los aportes realizados en la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., que se condene a COLPENSIONES, a actualizar su Historia Laboral una vez reciba los aportes, finalmente solicitó que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y todo lo ultra y/o extra petita que resulte probado dentro del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el día 10 de mayo de 1963, que a la fecha cuenta con 56 años de edad; que se afilió al RPMPD, el 15 enero de 1987, indicó que conoce el RAIS, con información brindada por estas entidades en su lugar de trabajo, que fue asesorada por un funcionario de la AFP, al momento del traslado del ISS a la AFP PORVENIR S.A., advirtió que no recibió una real ilustración de lo que eran ventajas y desventajas entre los regímenes existentes, que este solo informo de manera errada que el ISS estaba en miras acabarse, dándole como única opción viable el traslado de régimen, que de lo contrario perdería sus ahorros depositados en el ISS, que le aseguró que la AFP seria la opción viable y única, que le podría ofrecer una buena tasa de reemplazo al momento de pensionarse, que si fallecía su hijo heredaba los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual, señaló que por todo lo anterior firmo el formulario de traslado del ISS a la AFP PORVENIR S.A., el 29 de septiembre de 1997., manifestó que posteriormente por recomendación de un amigo se trasladó a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES OLD MUTUAL, 01 de febrero de 2014, indicó que el asesor de esta AFP, tampoco le brindo asesoramiento completo explicando de las ventajas y desventajas del RPMPD y el RAIS, que si le hablo de ahorros voluntarios diferentes a los obligatorios, para lograr una mejor pensión, que en el formulario que diligencio para OLD MUTUAL, no se colocaron beneficiarios, que no lleno ningún espacio de este formulario, que solo se le suministro este formulario para la firma. Manifestó que ninguna de la AFP'S, tienen documentos de Prueba de una asesoría real, oportuna, veraz que pudiera dar luz para tomar una decisión aceptable y real, antes del tiempo que exige la ley para trasladarse de Régimen, que se omitió información respecto a la expectativa de pensión, dejando de lado los asesores que es una decisión de vida la que se va a tomar y que una buena asesoría es vital para ello, que por el contrario fue inducida al error, al no haberle entregado ninguna entidad un estudio de acuerdo a las características de cotización real que pudiesen proyectar un monto según el I.B.L , de cotización al Sistema de Pensiones; advirtió que en la información del formulario no se dio el lleno como lo exige la norma debido a que no fue colocado su hijo como beneficiario, que proporcionaron una expectativa beneficios inexistentes, que con una información completa y pertinente ella hubiese tomado una decisión consiente frente a su vejez, explicó que el ISS hoy COLPENSIONES, nunca realizó ningún tipo de asesoría frente a su situación pensional, que ante lo mencionado precedentemente, solicitó a la AFP OLD MUTUAL, la nulidad de su afiliación, entidad que contestó el 16 de diciembre de 2019, negando la solicitud, aduciendo que ella no se encuentra en transición y que le faltan menos de diez años para pensionarse, que posteriormente el 27 de noviembre de 2019 solicitó ante la COLPENSIONES la nulidad y la vinculación al RPMPD, entidad que en respuesta del 03 de diciembre de 2019, negó su vinculación a este Régimen, debido a que no cumple el requisito de 10 o menos años como exige la Ley, adujo que ella se trasladó de manera libre y voluntario al

RAIS; finalmente manifestó que con lo anterior queda agotada la vía gubernativa, quedando este trámite subsanado.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROSSEGUROS S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de perfeccionamiento de actos de relacionamiento; hecho de la víctima / afiliado; perfeccionamiento del acto inexistente; saneamiento nulidad; protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero; inexistencia del derecho; pago de lo no debido; prescripción; caducidad; innominada o genérica y buena fe. (fls. 211 a 214).

La **SOCIEDAD SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, propuso las excepciones de ESKANDIA no participo ni intervino en el momento de la sección de régimen; 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 para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de la información y asesoría; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; prescripción; buena fe y genérica. (fls. 93 a 96).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción; prescripción de la acción nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 170 a 171).

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROSSEGUROS S.A., propuso las excepciones de la acción material ejercida por la parte demandante, la demandada SKANDIA carece de amparo y cobertura pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las prestaciones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado frente a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena, contra la llamante en garantía a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; no son

oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, u por lo mismo, no está obligada a restitución alguna; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; reconocimiento oficioso de excepciones. (fls. 246 a 249).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de febrero de 2022, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante Jacqueline Monje Lombana del RPMPD al RAIS; Condenó a la demandada SKANDIA a trasladar COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó al fondo de pensiones PORVENIR S.A., a que transfiera a COLPENSIONES, los dineros descontados por concepto de gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante y que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; absolvió a la llamada en garantía MAPHRE de las pretensiones incoadas en su contra por parte de SKANDIA; finalmente condeno en costas de esta instancia a los demandados PORVENIR S.A.Y SKANDIA S.A.; a favor de la demandante fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLON DE PESOS (\$1.000.000) y SKANDIA S.A., a favor de la demandante fijándose como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000)..

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas SKANDIA y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La SOCIEDAD SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., interpuso recurso de apelación parcialmente en contra de la sentencia, frente a lo numeral segundo, quinto y sexto. Con respecto al numeral segundo de la parte resolutive de la condena a SKANDIA, de retornar los gastos de administración hacia COLPENSIONES, solicitó con fundamento al decreto 3995 del año 2008, artículo séptimo, indicó que de manera taxativa cuales son aquellos emolumentos, conceptos que deben trasladarse cuando opera como en el presente caso, un traslado de recursos entre regímenes del sistema general de pensiones, encontrando que cuando esto opera del RAIS al RPMPD, la norma señala de manera muy precisa, que lo que se debe trasladar son los aportes de la cuenta individual y el fondo de garantía de pensión mínima. alegó que nada indica que aplica frente a los gastos de administración, que

en ese orden de ideas, dicha norma guarda relación armónica con los postulados de la ley 100 del año 1993, dado que la misma ley 100 en el artículo 20, señala que un porcentaje de esos gastos de administración, están destinados a cubrir la póliza para pagar el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte, que se debe tener consideración que dichos rubros no se encuentran y que en su oportunidad se trasladaron a la aseguradora correspondiente para el cumplimiento la ley 100 del año 1993; posteriormente señaló que si hipotéticamente el Tribunal confirma la decisión aquí indicada frente los gastos de administración, solicitó tener en cuenta la figura de la prescripción, que está destinada especialmente al contrato de seguros provisional, que se entienda que en estos procesos existen dos tipos de relaciones contractuales, que son simultáneas pero diferentes, una entre la AFP SKANDIA y la aquí demandante y otra entre la AFP y la ASEGURADORA MAPFRE, que este último se rigen bajo el contrato de seguros provisional que está regulado en el Código De Comercio, norma que contempla el artículo 1081, donde indicó que las acciones que se derivan de los contratos de seguros prescriben en dos años, advirtió que teniendo en consideración que los gastos de administración devienen de una consecuencia originada en un contrato de seguros tradicional, el resultado debe ser declarar la prescripción frente a los emolumentos que se pagaron en el tiempo, indicó que teniendo en deferencia que la aquí demandante se afilió desde año 2014, cabe perfectamente la figura la prescripción, posteriormente se pronunció en relación al numeral quinto y sexto, donde se absuelve a la aseguradora y se condena en costas a las AFP'S, que fueron condenados a retomar los gastos de administración dentro de los cuales comprende un porcentaje para pagar unas primas, para cubrir las posibles contingencias de invalidez y muerte, alegó que sí se encuentran los fundamentos legales para que MAPFRE sea llamada en garantía, que existen unos contratos y unas pólizas que se aportaron en el escrito de la demanda, que soportan la relación contra actual que existe entre las partes y como aquí se materializó al declararse la ineficacia de este traslado de la aquí demandante con SKANDIA, que decae por completo en esas ideas el contrato previo del seguro previsional suscrito entre la AFP y la aseguradora todo ello con fundamento en lo señalado en artículo 1137 del Código de Comercio, que señaló, cuando se decae ese interés asegurable como consecuencia de ineficacia del traslado, el contrato de seguros no produce efecto alguno, y la aseguradora en este caso estará obligado a restituir las primas percibidas, finalmente advirtió que se encuentran aquí los fundamentos legales para poder contemplar que, el llamado en garantía está llamado a prosperar en este tipo de procesos.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, argumentó que en el caso objeto de estudio, no se configura causales suficientes para declarar ineficaz el acto de traslado de Régimen

Pensional, consideró que por el contrario, este acto gozó, de todos los requisitos formales y de la información vigentes para el año 1997, indicó que este desarrollo jurisprudencial y normativo hoy en día hace mucha más diversa la información y que no era posible o no podía proveerlo PORVENIR S.A., para esta oportunidad, que en consecuencia se ciñó a la normativa de ese entonces y entregó a la demandante información necesaria, clara, y suficiente respecto del régimen de ahorro individual con solidaria, que en ningún momento, existió actuar misivo por parte de PORVENIR S.A., ni tampoco, ejerció presión o fuerza por parte de mi representada de lo colegido o de lo obtenido del interrogatorio de parte, advirtió que se debe entender que la actora tuvo la oportunidad de recibir asesoría verbal por parte de uno de los funcionarios comerciales de PORVENIR S.A., el año 1997, que no se podía aportar documentales, de hecha afiliación como quiera que para esta oportunidad, únicamente estaba en cabeza, de la entidad la suscripción de formulario de vinculación, en virtud de la libertad probatoria que existe nuestra jurisdicción laboral, adujo que en el interrogatorio de parte a demandante se mostró teniendo sendas luces de traslado a régimen pensional, que fue claro que sí recibió esta información, manifestó que la demandante escogió de manera libre y voluntaria el régimen o más bien los administradores de pensiones PORVENIR y que asimismo suscribió formulario con posterioridad a la AFP SKANDIA, que en este punto configura los actos de relacionamiento, que es un hecho notorio de la voluntad de ocasión y permanencia de la demandante en este régimen pensional, nunca manifestó oposición con la información que le estaba siendo suministrada por parte de PORVENIR a lo largo de los años en que estuvo vinculada.

Expreso que se aparta de la condena de devolver los gastos de administración y seguros provisionales, como quiera que PORVENIR a traslado la totalidad de los recursos de la actora a la AFP SKANDIA, que hoy en día no tiene el dinero o alguna propiedad de la demandante, explicó que con la anterior condena se está desconociendo lo establecido en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, donde se autoriza a las Administradoras de Fondos de Pensiones, el descuento de estos dineros, que este rubro no va destinado directamente a la financiación de la pensión en el RPMPD, que allí también se hace un descuento por este motivo y se le va a descontar en esta administradora un concepto para los gastos de administración y los seguros provisionales, que se tienen que adquirir para las prestaciones de la demandante, alegó que se está condenando a PORVENIR, a devolver estos dineros desconociendo la correcta gestión que realizó, afectando el patrimonio propio y ocasionando un perjuicio económico. Finalmente advirtió que también se ha manifestado la Superintendencia Financiera al respecto y ha indicado que se deben hacer estos traslados al tenor de lo establecido, del decreto 3995 del año 2008, en su artículo, séptimo, disposición normativa que ha contemplado las restituciones mutuas que se van a hacer cuando se ordene un traslado de recursos al tenor de la figura jurídica.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por la parte demandante para que se mantenga el A quo en firme ya que se accedió a las pretensiones en aras a la protección de sus derechos, a su derecho de pensionarse en el régimen de prima media que le ofrece mejores garantías según sus aportes y que responde a sus expectativas de vida digna. Por su parte, PORVENIR S.A., solicitó la revocatoria total del fallo porque la demandante realizó el traslado de manera libre y voluntaria habiendo cumplido este fondo con el cumplimiento de riesgos contratados.

Por último, la llamada en garantía MAFPRE solicita mantener inalterable la decisión tomada por el a quo en cuanto en el fallo que se impugna se absolvió a la demandada.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 27 de noviembre de 2019 y su respuesta el 3 de diciembre de 2019. (fls 33 archivo 01).

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).

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

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

Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

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

Debe de forma adicional, 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 10 de mayo de 1963 (fl. 6 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 15 de enero de 1987 y el 30 de septiembre de 1997, 555,14 semanas (fl. 36 Archivo 01); iii) que el 29 de septiembre de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 1997, (fl. 283 Archivo 01), posteriormente, el 12 de febrero de 2014, se trasladó a SKANDIA S.A. administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP.

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte al apoderado de PORVENIR S.A., quien informó que para el año 1997, estaba establecido por la AFP la suscripción de un formulario de vinculación antecedido de una asesoría de manera verbal, que no sabe que tiempo duro esta asesoría por parte de los asesores comerciales, pero que fue un acto libre y voluntario, que los registraba como válidamente afiliados al administrador, indicó que para la época no se realizaba algún tipo de proyección o análisis financiero sobre la

situación real de los posibles afiliados, al momento de la vinculación al Fondo, que la única prueba documental que se encuentra en el expediente administrativo de la demandante es el formulario de vinculación, advirtió que el deber de doble asesoría o buen consejo viene a ser impuesto a las administradoras privadas a partir del año 2010.

Igualmente se absolvió interrogatorio de parte a la apoderada de OLD MUTUAL quien indicó que el traslado de la demandante, operó en el año 2014 surtiendo efectividad en el año 2014, que a la demandante se le brindó asesoría completa de ventajas, desventajas y características de RAIS y el RPMPD, pero que debe tenerse en consideración que para esa época, es decir, para el año 2014, la aquí demandante, ya se encontraba inmersa en la inhabilidad consagrada en la ley 100 del año 1993, es decir que estaba a menos de 10 años para adquirir la pensión y por lo tanto, pese a la información que se le dio pues desde el punto de vista legal, no le era permitido retomar nuevamente en esa oportunidad ISS hoy COLPENSIONES, informó que a la demandante durante su afiliación a esta entidad se le están enviando de manera sistemática, especialmente cada tres meses, los extractos donde reposa toda la información concerniente a sus recursos.

Posteriormente se absolvió interrogatorio de parte a la demandante, señaló que se afilió a PORVENIR S.A., en 1997, que trabajaba en la Clínica Reina Sofia, afirmó que de Recursos Humanos, les enviaron al personal de PORVENIR S.A., a la unidad de cuidado intensivo donde laboraba como enfermera para que firmaran un formulario de traslado, porque se iba a acabar el ISS, informó que no existió ninguna asesoría, que ella estaba trabajando atendiendo pacientes y simplemente el señor que entró, le dijo a usted que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que si fallecía su hijo heredaba los aportes de su cuenta, que si no se trasladaba perdería los aportes realizados en el ISS, alegó que no leyó el formulario y lo firmó, que no fue consciente de que cuando firmó ese documento, se estaba trasladando el régimen pensional sin conocer las condiciones pensionales, que al momento del traslado existió presión y no se dio de manera libre y voluntaria, porque en la Clínica dio una orden, que teníamos que cambiarnos a PORVENIR, o si no estaba corriendo en riesgo a su trabajo, advirtió que era un acuerdo como entre ellos, que el hecho de que el señor entrara hasta la unidad de cuidado intensivo con esos formularios debía tener el permiso de su jefe, manifestó que para el año de 1997, no conocía cuáles eran los requisitos para poder pensionarse con el ISS, que su inconformidad con el RAIS, es que el dinero que le trazan para su pensión no alcanza a cubrir las obligaciones, anunció que recibió extractos de PORVENIR S.A. y SKANDIA, pero que no los entiende, manifestó que nunca se acercó a PORVENIR S.A. o SKANDIA para que le brindaran algún tipo de explicación de la información allí contenida, que actualmente no se encuentra pensionada ante ningún los fondo privado, expresó que se trasladó a la AFP OLD MUTUAL, porque un amigo era asesor de esa AFP y

le dijo que la rentabilidad de SKANDIA era mejor que la de PORVENIR, que hace tres años le solicitó información al asesor de SKANDIA y este le informó en esa oportunidad que ya no se podía trasladar a COLPENSIONES por su edad, que su afiliación con SKANDIA fue libre y voluntaria contraria a la afiliación de PORVENIR S.A. aclaró que es enfermera, que hasta hace tres años solo sabía que está haciendo aportes, pero no entendía la figura de las pensiones, que era muy joven y pensaba que no se iba pensionar nunca, por eso no indago; finalmente expuso que PORVENIR y OLD MUTUAL HOY SKANDIA, no le informaron que iba a contar con una cuenta de ahorro individual a su nombre y que sus aportes a pensión se iban a consignar a esa cuenta, que cuando se trasladó a SKANDIA, empezó a realizar aportes voluntarios para mejorar la pensión, exteriorizo que con asesoría y conocimiento se hubiera trasladado a COLPENSIONES en su debido momento.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 el actor a PORVENIR S.A., el 29

de septiembre de 1997, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de noviembre de 1997, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no sule el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **JACQUELINE MONJE LOMBANA**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de SKANDIA S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ s11421 y s11688 ambas de 2019 y s1638-2020, s15292-2021, s11017, s11022, s11125 y s11497 y s11501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2022, por el Juzgado vinisteis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **NOELIA ARAGÓN BALANTA** en contra de la **JACQUELINE MONJE LOMBANA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA 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 SKANDIA y PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

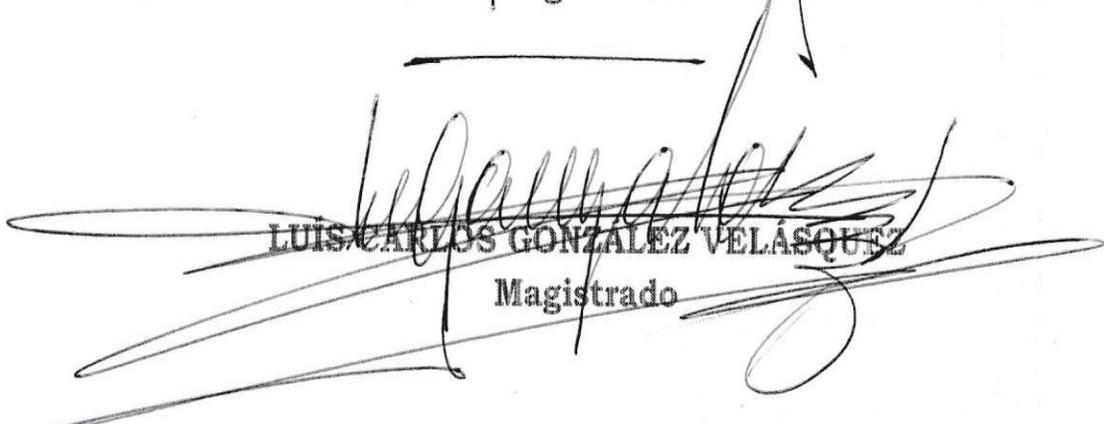
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105031202100279-01

En Bogotá D.C., hoy diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la demandante., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 25 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **AMPARO GONZALEZ DUQUE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

AMPARO GONZALEZ DUQUE, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la ineficacia de la afiliación efectuada por ella, en el año 1999, con PORVENIR S.A, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro Sistema de Pensiones y en especial su situación personal y concreta; que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dicha afiliación, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tenerla entre sus afiliados en el RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, finalmente solicitó que se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas y en lo que resulte extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 11 de noviembre de 1960., que cumplió 57 años de edad el 11 de noviembre de 2017, que se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS S.A, a mediados del año 1999, indicó que es la AFP PORVENIR S.A, quien tiene la carga de la prueba para demostrar que cumplió con el deber de ofrecerle la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de Régimen Pensional, así como los beneficios y consecuencias del mismo; manifestó que la AFP PORVENIR S.A., le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida bajo la modalidad de retiro programado con una fidelidad del 100%, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional para cuando cumpla 60 años de edad, esto es para el año 2020, arrojando como resultado, que sería equivalente a la suma de \$828.116, que la misma entidad le realizó una simulación pensional dentro del plan de vida bajo la modalidad de retiro programado, sin volver a cotizar, el que proyectó un valor de su mesada pensional para cuando cumpla 60 años de edad, esto es para el año 2020, arrojando como resultado la suma de \$828.116; señaló que posteriormente solicitó una simulación pensional en el RPMPD, administrado por COLPENSIONES, conforme a lo contemplado en la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta los aportes efectuados durante los últimos 10 años cotizados y aplicando una tasa de reemplazo equivalente al 70,78%, el que proyectó que obtendría una mesada pensional mensual equivalente a la suma de \$1.722.171, advirtió que comparando las simulaciones pensionales en los dos (02) regímenes, se puede evidenciar como es ostensiblemente superior en el RPMPD, administrado por COLPENSIONES; anunció que sumadas las semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones esto es desde el 15 de julio de 1986 y el 30 de enero de 2020, arroja un total de 1522 semanas es decir 29 años, 07 meses, 01 días; finalmente reveló que radicó reclamación administrativa, con derecho de petición ante COLPENSIONES, el día 28 de febrero de 2020, solicitando la nulidad del traslado efectuado al RAIS, con colilla de radicación No 2020_2828390; señaló que COLPENSIONES mediante el comunicado BZ2020_2863864-0583390 del día 28 de febrero de 2020, dio respuesta a la anterior solicitud, negado el traslado de Régimen; advirtió que de esta forma, se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 del Decreto 2158 de 1948, adoptado por el Decreto 4133 de 1948 como legislación permanente y modificado por la Ley 712 de 2001.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público; buena fe; innominada o genérica. (archivo 006 fls. 10 a 16).

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 excepción genérica. (Archivo 009, fls. 18 a 20).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante AMPARO GONZALEZ DUQUE a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., como quiera que el traslado de la demandante del RPMPD al RAIS es plenamente válido. Como consecuencia de lo anterior condenó a la demandante al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la parte demandante AMPARO GONZALEZ DUQUE., presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

El apoderado de la parte demandante AMPARO GONZALEZ DUQUE., interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se declare la ineficacia; manifestó que se debe revisar la posición, bastante subjetiva y arbitraria de la juez de primera instancia, que realizó acusaciones y percepciones, que no corresponden a la realidad; solicito se escuche los interrogatorios ejecutados a la actora, donde la señora Juez, de forma parcializada, realizo una conveniencia con el fondo privado, con el fin de atacar de forma deliberada a la demandante, sin referirse al interrogatorio de PORVENIR S.A.; expresó que la carga de la prueba pareciera que estuvieran todos confabulados, incluyendo la señora Juez; cuando sintió molestia al utilizar la palabra parcializada; expreso que quería hacer referencia a que no existe una prueba adicional que acredite que la información que se le dio a la actora, que la misma no fue suficiente,

adecuada y oportuna, por eso solicitó se analicen tanto el interrogatorio, para descubrir como si existen las contradicciones, que en su concepto no las hay, porque resultan de mala fe, advirtió que se está acusando a la actora de haber cometido el delito de mentir; que no han hecho ningún análisis por parte del apoderado de PORVENIR S.A., donde existen contradicciones, una desatención en el proceso y finalmente indicó que aparte del formulario de vinculación, no existe ninguna prueba que acredite la información que se le dio a la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por, COLPENSIONES, solicito estudiar en su integridad el fallo proferido en primera instancia y en caso de ser contrario a derecho absolver a mi representada de toda condena, esto lo argumenta en razón a que no se evidencia material probatorio suficiente y no existió el vicio del consentimiento porque el traslado se dio de manera voluntaria y libre.

La parte demandante está de acuerdo con el fallo en primera instancia en cuanto a que el único contacto que tuvo la demandante con el fondo privado fue al momento de la suscripción de su afiliación y traslado, no existieron actualizaciones de datos, asesorías, re asesorías, registros de contactos telefónicos o presenciales, ni existe constancia de que se le haya ilustrado las diferencias y características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no puede entenderse que el traslado de régimen fue eficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo privado demandado.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuestos el demandante, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al absolver a las demandadas de las pretensiones de la parte actora, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 28 de febrero de 2020 y su respuesta el mismo día (fls 15 – 17 archivo 01).

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).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala

de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

Debe de forma adicional, 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 11 de noviembre de 1960 (fl. 11 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de enero de 1997 y el 30 de septiembre de 1999, 124,00 semanas (fl. 19 Archivo 01); iii) que el 26 de agosto de 1999, se trasladó al régimen de ahorro

individual con solidaridad administrado por la PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de octubre de 1999, (fl. 69 Archivo 009) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1430 semanas (fl. 91 Archivo 009).

Por otra parte, absolvió interrogatorio al apoderado de PORVENIR S.A.; manifestó que, no existe documento alguno distinto al formulario de afiliación, que la información que se brindó a la actora para agosto del año 1999, fue verbal, donde se le explico las características de los diferentes Regímenes Pensionales; adujo que por política de la entidad a todos los asesores comerciales se les brindaba capacitación; indicó que para el año 1999, no existían los aportes voluntarios, que la asesora que le dio la información a la actora fue Esperanza Romero, de quien no sabe si aún labora con la entidad, que misma fue requerida para que declarará, que lo anterior es de conocimiento de las partes; finalmente sustentó que dentro del derecho civil, siempre se pregunta si tienen beneficiarios al momento de diligenciar el formulario.

También se absolvió interrogatorio de parte a la actora; indicó que labora como funcionaria pública en la Alcaldía de Pereira, en la Dirección de Talento Humano, realizando capacitaciones de bienestar laboral a los empleados públicos desde el año 2012; que anteriormente laboraba en la Alcaldía de Circasia, en la Oficina de Planeación; que en el año de 1999, laboro en el Congreso de la República, como Asistente de un Senador; manifestó que en ese año los visito en la oficina, una asesora de PORVENIR S.A., que reunió a 4 personas, que laboraban en distintas áreas para una charla, que perduró por 10 minutos aproximadamente, que la asesora les informó que el ISS se iba acabar, que si se afiliaban a PORVENIR S.A., tendría una pensión con un porcentaje más alto que en el ISS, sin indicarle tal valor que en el ISS, que se pensionaria con menos edad, comunicó que la asesora diligenció los datos del formulario, que coloco a la mamá como beneficiaria porque no tiene hijos y lo firmo, advirtió que confió en la información que le brindo la asesora de la AFP, que fue una decisión voluntaria, que recibe extractos de la cuenta individual de ahorro con PORVENIR S.A., que no los entiende, afirmó nunca haberse acercado a PPOVENIR S.A. a solicitar explicación al respecto; señalo que quiere retornar a COLPENSIONEES, porque se sintió engañada con la información que le brindaron al momento de su traslado, que no le ofrecieron la información completa, que tampoco le hicieron un análisis comparativo de las ventajas de trasladarse a fondo privado, o de quedarse en el ISS; finalmente advirtió que antes de presentar la demanda nunca se acercó a COLPENSIONES a solicitar información, porque no sabía de la existencia de esa entidad, que jamás supo de la edad mínima requerida por el ISS hoy COLPENSIONES para pensionarse; manifestó que, no ha solicitado reconocimiento de pensión ante PORVENIR S.A. y que no recuerda exactamente cuantas semanas tiene cotizadas, pero que son más de 1.300.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 el actor a PORVENIR S.A., el 26 de agosto de 1999, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de octubre de 1999, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **AMPARO GONZALEZ DUQUE**.

Continuando, en lo que refiere a la devolución de gastos de administración, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

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

Resultan suficientes los anteriores argumentos para revocar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes demandadas por haberle sido desfavorable la alzada. **Las de primera instancia se revocarán** y en su lugar se ordenará condenar en costas a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., teniendo en cuenta que, las mismas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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 25 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **AMPARO GONZALEZ DUQUE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, y en su lugar disponer:

DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por **AMPARO GONZALEZ DUQUE**, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 26 de agosto de 1999, con fecha de efectividad desde el 01 de octubre de 1999 a través **de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR A SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, y que se encuentren en la actualidad en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, **PRIMAS DE SEGUROS PREVISIONALES**, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración, **DINEROS QUE DEBERÁN SER TRASLADADOS EN FORMA INDEXADA**, con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los

ciclos, IBC, aporte pagado, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a recibir de **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores, para efectos de reactivar válidamente la afiliación de la demandante, y proceder en seguida, a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de **la señora AMPARO GONZALEZ DUQUE**, con la respectiva imputación de pagos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, teniendo en cuenta las resultas del proceso.

SEGUNDO: Las costas de primera instancia se revocan y en su lugar se ordenará condenar en costas a las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Tásense, por las razones expuestas con anterioridad.

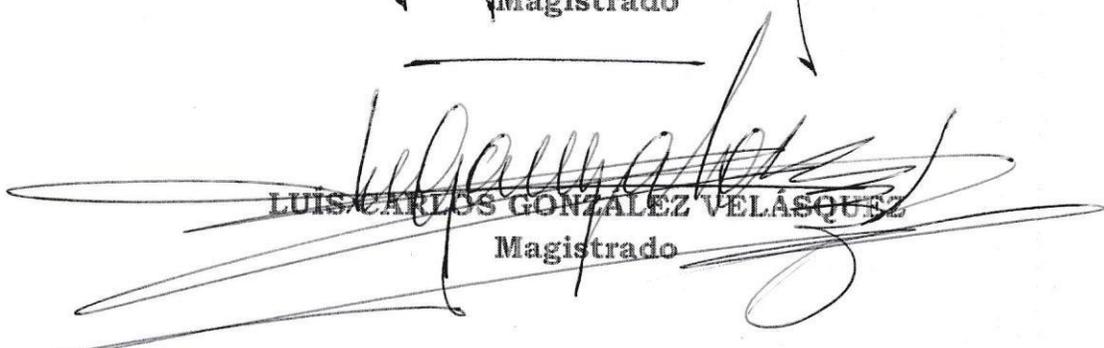
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036202000282-01

En Bogotá D.C., hoy diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver 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 08 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA YOLANDA NEIRA BARAJAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al doctor Hernán Felipe Jiménez Salgado, en los términos y para los efectos de los poderes.

ANTECEDENTES

MARIA YOLANDA NEIRA BARAJAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare que, el traslado desde el RPMPD hacia el RAIS, realizado entre ella y la AFP PORVENIR S.A., se efectuó sin consentimiento informado, que se declare que la AFP PORVENIR S.A., intervino en su traslado, vulnerando los fines y principios del Sistema de Seguridad Social, porque no advirtió de forma clara y suficiente que su traslado al RAIS podía generar que su mesada pensional no tuviera correspondencia con el número de salarios mínimos

que devenga y que reporta como Ingreso IBC, que le podía generar que su mesada pensional fuera inferior a la mesada ofrecida por la prestación del RPMPD., que su expectativa pensional dependía de un perfil de riesgo, también solicitó que se declare que la AFP PORVENIR S.A., transgredió el principio de libre competencia, porque comercialmente sacó un afiliado del RPMPD y lo llevó hacia el RAIS sin mediar un consentimiento informado, lo que constituye un incumplimiento de sus obligaciones legales de solidaridad y coexistencia con el RPMPD, que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del RPM al RAIS y que ella siempre ha mantenido su afiliación en el RPMPD, requirió que se ordene a la AFP PORVENIR S.A., a que entregue a COLPENSIONES, como administrador del RPMPD, todos los dineros que haya recibido y producido, en virtud de las cotizaciones a los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte – IVM, incluyendo rendimientos y cuotas de administración. Que en consecuencia se ordene a COLPENSIONES, como administrador del RPMPD, que active la afiliación para garantizar su derecho a la Seguridad Social en Pensiones, que reciba de la AFP PORVENIR S.A., todos los dineros provenientes de las cotizaciones a los seguros de IVM, junto con sus rendimientos y cuotas de administración, que actualice su Historia Laboral y verifique si la sostenibilidad del RPMPD se ve afectada por haber dejado de recibir las cotizaciones realizadas por ella, desde el 1 de agosto de 2001, fecha en la que fueron recibidas por la AFP PORVENIR S.A., en virtud del traslado nulo o ineficaz por falta de consentimiento informado, propuso que en caso de que encuentre alguna afectación, ejerza las acciones legales correspondientes. Finalmente solicitó que se condene a la AFP PORVENIR a cancelar las costas procesales, incluidas las Agencias en Derecho y que le reconozca los pagos distintos a los solicitados cuando hayan sido discutidos y probados, lo mismo que a pagos superiores bajo el principio y poder del Juez de extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 10 de septiembre de 1959, que cotizó al RPMPD, entre el 6 de agosto de 1986 hasta el 31 de julio de 2001, con 751 semanas cotizadas y que se trasladó desde el 1 de agosto de 2001, a la AFP PORVENIR S.A.; Indicó que para el 1 de agosto de 2001 su IBC era de \$631.670 correspondiente a 2.2 Salarios mínimos; manifestó que la AFP PORVENIR S.A., estaba obligada a informar y advertir, de forma clara y suficiente que, en el RPMPD, la prestación está definida por el promedio de su IBC y el número de semanas, que también estaba obligada a informar y advertir, de forma clara y suficiente que, en el RAIS, sin importar cuál sea el IBC y las semanas cotizadas, la mesada pensional puede ser sólo del Salario Mínimo, que la mesada podía ser mucho menor que en el RPMPD, expresó que de haber sido informada de esta situación, jamás se habría trasladado de régimen; comunicó que en el RAIS ha cotizado 973 semanas aproximadamente, que sumados con los tiempos cotizados al RPMPD, son más de 1.724 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; que ha cotizado sobre más de 3 salarios mínimos en los últimos 10 años, advirtió que por lo anterior en el RPMPD, ella puede tener una mesada pensional mucho mayor que la que obtendría en el RAIS, proporcional y correspondiente con su IBC, garantizando la subsistencia, congrua para su vejez después de más de tres décadas de aportes; exteriorizó que el traslado del RPMPD al RAIS se hizo sin consentimiento informado, que la AFP no le advirtió de forma clara y suficiente, los efectos que podía traer el cambio de régimen, incluyendo todas las desventajas que puede traer para su mesada pensional; expuso que el 17 de febrero de 2020, radicó dos Derechos de Petición ante la AFP PORVENIR, solicitando se le suministrara la información que le fue

proporcionada y que sirvió de base para la firma del formulario de traslado, que le elaborara una proyección pensional comparativa, copia de los documentos en que conste la información brindada, que se declare la nulidad o ineficacia del traslado y el traslado de los dineros al RPMPD, advirtió que la AFP PORVENIR S.A., no le dio respuesta, señaló que la AFP no le realizó ninguna asesoría ni acompañamiento durante el tiempo en que ha estado vinculada y cotizando con ellos, comunicó que anterior a esta solicitud radicó Derecho de Petición el 14 de febrero de 2020, donde solicitó a COLPENSIONES que declarara la nulidad o ineficacia del traslado de régimen realizado por ella hacia el RAIS y se ordene el traslado de los aportes que realizó en el RAIS al RPMPD.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**, propuso las excepciones de 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; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción e innominada o genérica.. (Archivo 02 fls. 15 a 21).

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 excepción genérica. (Archivo 002, fls. 28 a 31).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 08 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARIA YOLANDA NEIRA BARAJAS, del RPMPD al RAIS, que se hizo efectivo en agosto de 2001, a través de la AFP PORVENIR S.A. Ordeno a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual con los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos el costo de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser indexadas. Ordenó a COLPENSIONES a recibir e imputar, una

vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante. Declaró no probada la excepción de prescripción. Finalmente condenó en COSTAS a la AFP PORVENIR S.A. y Colpensiones, con la suma de 1 SMLMV como agencias en derecho, para cada una.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a PORVENIR S.A., de todas las condenas, argumentó que se encuentran afectados con la declaratoria ineficacia principios fundamentales del derecho, como lo son la confianza legítima, la sostenibilidad financiera del sistema pensional, advirtió que se afecta a la confianza legítima al desconocerse el formulario de afiliación, el cual fue suscrito de manera voluntaria por la parte actora, que el mismo cumple con los criterios del artículo 11 del decreto 692 del año 1994, que no fue tachada de falso por la parte actora y que además este documento se ratificó con la permanencia de la demandante en el RAIS, que a pesar de que era posible su retracto antes de estar inmersa dentro de la prohibición legal, contenida en la ley 797 el año 2003. Indicó que la solicitud de retorno a COLPENSIONES desconoció también el formulario, que se le exigió a PORVENIR S.A., allegar otras pruebas diferentes a las que para la época se encontraban vigentes, que el formulario de afiliación era el documento preciso con el cual se constataba la voluntad de la demandante, explicó que no se le podía exigir a la AFP reunir otra prueba diferente al formulario respecto a la asesoría brindada, teniendo en cuenta que esas exigencias de manera documentada nacen a la vida jurídica con la ley 1328 del año 2009, la ley 1740 del año 2014, advirtió que bajo estas perspectivas, se está imposibilitando a las AFPS, el ejercicio del derecho de la defensa. Señaló que tampoco se puede dejar de lado, que la demandante tuvo la posibilidad de agotar esos canales de atención que ha dispuesto PORVENIR S.A., para la aclaración de dudas, inquietudes al momento de la suscripción del formulario de afiliación, actuaciones que no fueron agotadas por la actora y que por la misma razón se afecta la confianza que la AFP otorga a través de esa buena fe y la suscripción del formulario de afiliación, que el contrato, dado el formulario si existió a la vida jurídica y es existente y valido para PORVENIR S.A., teniendo en cuenta que de ninguna manera se afectó esa libertad de escogencia, no se afectó La libertad de decisión o voluntad de la parte actora. Explicó que se afecta a esa sostenibilidad financiera, si se decide generar la declaratoria de ineficacia y un retorno COLPENSIONES, a pesar de que la demandante hoy se encuentra bajo la prohibición legal contenida en la ley 797 del año 2003, que se olvidó así que esta prohibición no ha sido determinada por el legislador de manera caprichosa, sino en aras de generar una estabilidad dentro del régimen que había escogido la demandante. manifestó que se desconocen las actuaciones de la

demandante, que para el año 2008 no presentó alguna inconformidad y que hubiese podido adelantarle en un proceso pertinente, que sin embargo, hasta el año 2018 es la fecha donde decide interponer el proceso ineficacia, indicó que transcurrieron más de 10 años, en los cuales la demandante ratificó su decisión de ser perteneciente y ser regida bajo los términos del RAIS, solicitó que si se da la declaratoria de la ineficacia, se revoque la sentencia parcialmente, en lo que tiene que ver con la condena de devolución de gastos de administración, que se tenga en cuenta que estas sumas están destinadas o tienen una destinación del 3% tanto para gastos de administración como para las prestaciones de invalidez y sobrevivencia, que hay terceros ajenos de buena fe, que brindaron la cobertura sobre la cuenta de ahorro de la demandante, que los gastos de administración se acreditan tanto en uno como en el otro régimen, informó que el deber de administrar debidamente los ahorros de la demandante trae como consecuencia el capital que obtuvo un rendimiento que favoreció e incremento el mismo, que se observar que PORVENIR S.A., sí cumplió a cabalidad sus obligaciones y que si habla de una ineficacia, lo considerable es que estas sumas no se acreditaron, que son obligaciones de tracto sucesivo y que no son susceptibles de devolución, explicó que dichas sumas no van a financiar una mesada pensional de la parte actora y que la condena a devolverlas, estaría generando un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que en el interrogatorio de parte y las pruebas documentales permiten establecer, que no existió un error de hecho, sino de derecho, el cual, con el paso del tiempo, fue subsanado no solo por la voluntad que se plasmó al momento de suscribir el formulario afiliación y su vocación de permanecer en el RAIS o por un período prolongado, argumentó que en las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, donde ha indicado por aquel órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, que el deber de información se debe a acreditar en todos los procesos indistintamente si los accionantes son o no beneficiarios del régimen de transición. Explicó que es cierto que el deber de información ha venido variando con el paso del tiempo, que para el año cuando se afilió la demandante. la ley 100 del 1993 ya hablaba de que la elección del régimen pensional fuera el resultado del debido conocimiento de las características de cada régimen, que la misma normatividad no habla de hacer comparaciones o inversiones, reiteró que para la época del traslado la demandante le faltaban más de 19 años para alcanzar estatus pensional; solicitó tener en cuenta aquella prohibición de que trata el artículo 2 de 797 del 2003, en la cual el afiliado no podrá trasladarse en el régimen cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir el tiempo para el derecho a la pensión de vejez, que en el caso en concreto la demandante, elevo solicitud de traslado, teniendo ya 59 años es decir al haber cumplido o teniendo

menos de 10 años para solicitarla, expuso que no es posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico del que la demandante fue parte sin ninguna presión, que la misma reconoció la falta de interés en el tema pensional, que inculpar solamente a las administradoras de pensiones en una negligencia donde también ella fue parte, advirtió que COLPENSIONES es un tercero ajeno a dicho negocio jurídico y que en que últimas, es en quien le recae la responsabilidad, sustentó que aun cuando la AFP regrese todos los valores provenientes de la cuenta de ahorro individual, se afecta el principio de sostenibilidad financiera una vez COLPENSIONES tenga que reconocer las futuras pensiones. Solicitó se aplique aquella provisión de que trata el artículo 2 de la ley 79 de 2003, en aras, de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, que el objetivo perseguido con este señalamiento, es evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario, finalmente solicitó que se revoque la condena en costas a COLPENSIONES, que se tenga en cuenta que es un es un tercero ajeno, al negocio jurídico celebrado entre la demandante, el fondo privado, advirtió que no tendría que verse perjudicado con esta decisión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A., solicitó que se revoque la sentencia en cuanto a que argumenta que la demandante realizó el traslado de régimen de manera libre, voluntaria y consiente, tal como se expresa en los formularios de afiliación además de ello que no existió ningún elemento que demostrara el vicio de consentimiento, ya que si se le brindo información sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

Por su parte COLPENSIONES, requiere su absolución y que se revoque en su integridad el fallo argumentando que la demandante realizó el traslado, el cual se dio con plena validez, además de ello que la actora cuenta con la edad, es decir que no podrá trasladarse de régimen ya que se encuentra dentro de los últimos 10 años para obtener derecho a la pensión de vejez.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PORVENIR S.A., cumplió

con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración; iv) si procede la condena en costas en contra de las demandadas.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 14 de febrero de 2020, con respuesta del 17 de febrero de 2020 (Archivo 03,07 fls 34 a 38 y 04).

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).

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

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

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

Debe de forma adicional, 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 10 de septiembre de 1959 (Archivo 003, fl. 14); ii) que cotizó al ISS entre el 06 de agosto de 1986 y el 30 de julio del 2001, 751 semanas (Archivo 003, fl. 17 a 33); iii) que el 01 de julio de 2001, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de agosto de 2001, (Archivo 003, fl. 17 a 37) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 973 semanas (Archivo 03, fl. 17 a 32).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte a la demandante, quien informó que tiene un grado de escolaridad, técnico del SENA, que el trabajo que desempeña actualmente es de bibliotecaria, en el colegio Gabriel Betancur Mejía. Donde ha laborado por dieciséis años, que en otros colegios, se desempeñó como secretaria general y secretaria de rectoría, durante otros 15 años. Indicó que su traslado del RPMPD a la AFP que hoy está demandando se dio cuando estaba trabajando en la Secretaría de Educación, en el Fabio Chaparro, que es el teatro de la Secretaría de Educación., que se encontraban reunidos casi 3000 compañeros, manifestó que se les acercaron los asesores y les informaron que venían a ofrecerles trasladarse de COLPENSIONES a PORVENIR S.A., fondo que era mucho mejor, advirtió que no le informaron que era una cuenta ahorro individual, rendimientos financieros, aportes voluntarios, derecho de retracto, que nunca le explicaron qué pasaría en caso de fallecer con los aportes que había efectuado, ni que pasaría con los aportes que venía ahorrando en el RPMPD, señaló que corroboró que la información que le brindó PORVENIR S.A., al momento del traslado no era cierta, después de regresar de trabajar en un colegio de un resguardo indígena, asevero que habían pasado casi cinco o seis años de esta situación y se asesoró con un abogado, indicó que a su casa le llegaban los extractos de la cuenta y admitió no entender los mismos, reveló no haber diligenciado el formulario de solicitud de afiliación A la AFP, indicó que la asesora lo hizo y que ella solo confirmó sus datos y firmó. manifestó que PORVENIR S.A., le informó que podía obtener una mesada de \$40,000,000 de pesos, expuso que posteriormente en el año 2008 o 2009, se acercó a las oficinas de PORVENIR S.A., a preguntar todas las inquietudes que tenía, expuso que le informaron, que a ella le habían dado una fecha a límite de su mesada pensional que, si no tomó esa fecha límite, entonces ya queda pensionada con el mínimo, que no se explica porque COLPENSIONES, no le ayudó y la informó antes de dejarla trasladar y causar el daño, afirmó que ella si conocía los requisitos para pensionarse en el ISS, finalmente indicó que hasta el momento no se encuentra gozando de ninguna pensión,

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun

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

De ahí que, existió error de hecho cuando HORIZONTE hoy 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 el actora a PORVENIR S.A., el 01 de julio de 2001, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de agosto de 2001, es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta

de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **MARIA YOLANDA NEIRA BARAJAS**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, que la declaración de ineficacia del traslado del

actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Finalmente, habida cuenta 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 finca su inconformidad COLPENSIONES, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARIA YOLANDA NEIRA BARAJAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la 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

GM



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105041202100113-01

En Bogotá D.C., hoy diez (10) de noviembre de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 14 de febrero de 2022, por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **AMANDA LUCIA MALAGON ROJAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

ANTECEDENTES

AMANDA LUCIA MALAGON ROJAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., para que se declare que ella fue mal asesorada e informada por parte de COLFONDOS S.A. en el año 1994, con la finalidad de lograr su traslado de régimen pensional; solicitó que se declare que COLFONDOS S.A., a través de información no veraz, la llevo a tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, prometiendo iguales beneficios económicos que los ofrecidos en el RPMPD; que no hubo una real asesoría por parte de la AFP, que incluyera una información veraz en cuanto a, tiempo, monto de la mesada pensional que recibiría, al momento de estructurar el derecho a la pensión de vejez; que le generó una afectación e sus derechos pensionales, en razón a que no le informaron las incidencias pensionales que el traslado de régimen , que tal acción derivó en la afectación de una vida digna, al momento de estructurar el derecho a obtener la pensión, que vulneró los principios objetivos contenidos en la ley

100 de 1993, en razón a que está generando un detrimento patrimonial, advirtió que lo anterior fu porque COLFONDOS S.A., careció de información veraz en el cambio de régimen pensional, debido a la fraccionada e incompleta asesoría sobre los riesgos que debía asumir en el cambio de régimen pensional, al no haber sido clara, completa, comprensible la manera como estaba diseñado el RAIS, incumpliendo el deber del consentimiento informado y detallado en la asesoría de cambio de régimen y durante la permanencia en este, que en consecuencia se ordene su traslado a COLPENSIONES, de todos los aportes, junto con sus rendimientos, frutos e intereses que actualmente tiene en COLFONDOS S.A., solicitó como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado y de la afiliación al RAIS, se condene a COLFONDOS S.A, a trasladar todos los aportes, efectuados por ella, junto con todos sus rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración, seguros y demás emolumentos con destino a COLPENSIONES; que se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación en el RPMPD, aceptar y recibir el traslado de sus aportes, finalmente requirió condenar a COLFONDOS S.A. a todo lo que resulte en favor suyo con motivo de las declaraciones extra y ultra petita que resulten probadas y condenar al AFP COLFONDOS S.A. a pagar las costas del presente proceso y las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 08 de enero de 1967, que acredita a la fecha 54 años d edad, indicó que se encontraba afiliada al RPMPD, donde cotizó a través de los empleadores que la vincularon, que en la historia laboral de COLFONDOS S.A., figura con 335 semanas cotizadas en el RPMPD, antes del traslado, advirtió que en la historia laboral de COLPENSIONES, estas semanas no se encuentran acreditadas, que por lo anterior se encuentra realizando las gestiones para su acreditación, conforme a certificación del empleador; manifestó que se trasladó de régimen pensional en el año 1994, trasladándose del RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., fondo en el cual sigue vinculada; explicó que el traslado obedeció al hecho que, la introducción del nuevo sistema pensional contenido en la ley 100 de 1993, los fondos de pensiones iniciaron su gestión comercial de venta, con el fin de atraer a los afiliados del RPMPD al nuevo sistema pensional, señaló que no fue asesorada por COLFONDOS S.A., administradora de pensiones que solo le informó que el RAIS contenía varias ventajas, que la mesada pensional se mantendría en el mismo valor que le otorgaría el régimen del cual venia, que no se le explico en detalle cómo estaba diseñado cada régimen pensional, que el asesor de la AFP, le informó que trasladándose, se podía pensionar con el monto de pensión que quisiera, pero no le explicó cómo, que de manera parcial le expuso algunas ventajas de trasladarse a dicho fondo privado de pensiones, pero jamás le indicó acerca de las incidencias pensionales negativas que este nuevo régimen le generaría, alegó que afiliándose la RAIS, renunció sin saberlo a la expectativa legítima de ser beneficiaria de una pensión digna acorde al salario y tiempo laborado, como consecuencia de la falta de información veraz al momento del traslado, , exteriorizó que confiada en las promesas dadas por la AFP, se trasladó bajo la confianza legítima y el convencimiento que, al momento de solicitar su pensión, esta sería por lo menos igual a la ofrecida en el RPMPD y que en consecuencia realizó los aportes pensionales con destino al RAIS; manifiesto que en el año 2021, solicitó la proyección de la mesada pensional a COLFONDOS S.A., quien se la entregó de manera escrita, indicándole un valor muy inferior a la que obtendría en el RPMPD, advirtió que la deficiente y engañosa asesoría pensional para el momento del traslado y durante la permanencia en el fondo,

es evidente con la cuantificación de la mesada, puesto que este fondo incumplió con el deber de información y durante la permanencia en el RAIS, finalmente informó que el 03 de marzo de 2021, agotó la vía gubernativa ante COLPENSIONES, por medio del canal virtual, de la cual obtuvo respuesta el 5 del mismo mes y año.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de 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; 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 e innominada o genérica. . (Archivo 16, fls. 20 a 26).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; 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 y compensación y pago. (Archivo 15, fls. 15 a 16).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá. Declaró la ineficacia del traslado realizado por AMANDA LUCIA MALAGÓN ROJAS del RPMPD al RAIS, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia, como consecuencia ordenó a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia; condenó a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP COLFONDOS S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró no proadas las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia y condenó en costas, incluidas las agencias en derecho, a

cada una de las demandadas COLFONDOS Y COLPENSIONES, a favor de la demandante, en la suma de \$1.000.000; finalmente ordenó remitir copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de primera instancia parcialmente; señaló que se opone a la condena atribuida a COLFONDOS S.A., de trasladar a COLPENSIONES, las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados, manifestó su inconformidad directamente contra la condena de indexación, advirtió que los gastos de administración se encuentran autorizados por la ley, tal como lo establecen los artículos 20 y 60 de la ley 100, los cuales tienen por objeto compensar la gestión de administración que realiza la administradora del Fondo de Pensiones, por el manejo de los aportes de sus afiliados, que la gestión de administración tiene como consecuencia generar rendimientos financieros y capitalizar la cuenta de la demandante, aseveró que los seguros provisionales que se contrataron, son de orden legal, que tienen por objeto cubrir los riesgos de invalidez y muerte, manifestó que por lo anterior, no tiene fundamento ordenar el pago de los mentados emolumentos y adicionalmente disponer su traslado de manera indexada, alegó que se estaría imponiendo una sanción demasiado alta a COLFONDOS, quien actuó conforme lo indica la ley y en beneficio de la afiliada, adicionó que los rendimientos financieros generados por la buena administración de los recursos de la cuenta ahorro individual, compensan cualquier pérdida de apreciación monetaria o poder adquisitivo que pudiesen haber sufrido esas sumas, exteriorizó que los recursos retornan al RPMPD, ya incrementados como consecuencia de la rentabilidad, que no es procedente reconocer sumas adicionales, disponer el pago de la indexación sobre dichos emolumentos, supone un requisito sin causa en favor de la demandante, la cual se beneficiaba de la buena administración realizada, indicó que resulta, desacertado condenar COLFONDOS al pago de indexación del capital o de las cotizaciones acumuladas en la cuenta de ahorro individual y los rendimientos financieros producidos por dicha cuenta, omitiendo el contenido del artículo 101 de la ley 100, donde establece que las AFP, tienen la obligación de mantener una rentabilidad mínima y que al trasladar la totalidad del capital acumulado de los rendimientos de éste a COLPENSIONES, los recursos no han sufrido un detrimento económico, por lo que no hay necesidad de indexar su valor.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera Instancia y se absuelva a COLPENSIONES, de todas y cada una de las condenas, manifestó que lo estipulado en el artículo segundo de la ley 797 de 2003 el cual modificó el literal e del artículo 13° de la ley 100, establece que *“Después de un año de vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.”* Indicó que teniendo en cuenta que la demandante nació el 8 de enero de 1967 y que la admisión de la demanda se da el 13 de julio del 2021, cuando contaba con 54 años de edad, explicó que por lo expuesto se evidencia que la actora no cumple con el requisito señalado, que la edad es inferior a los 10 años que establece la norma precedente, que también se puede notar que el consentimiento se procuró sin vicios, que alteraran la voluntad de la demandante, consideró que de acuerdo a lo esgrimido por la sentencia atacada, que se debe tener en cuenta que en ese momento de la afiliación, se efectuó un hecho unilateral o un acuerdo de partes, que cobija únicamente a la demandante y a COLFONDOS S.A., entidad que ofreció sus servicios para ese momento, alegó que la demandante contó con un número suficiente años desde el momento de su afiliación a la AFP, para solicitar la información requerida; finalmente adujo que COLPENSIONES, actuó de buena fe al permitir el traslado de la actora al RAIS, ya que solo acepto su decisión y aprobó el traslado sin presentar oposición a la voluntad de la actora, solicitó que se revoque la condena en costas, señaló que las actuaciones procesales pertinentes por parte COLPENSIONES, las ejecuto sin incurrir en dilaciones de mala fe, que permitieran comprometer el desarrollo del presente proceso o hicieran incurrir a la demandante en gastos adicionales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Alegatos ante este Tribunal por COLPENSIONES, solicitando que se revoque la sentencia porque en el caso en particular que el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo el formulario para efectuar dicho traslado. Además, el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 se establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional el artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, limita este derecho cuando al afiliado le faltare 10 años o menos para alcanzar la edad a pensión

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración,

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 3 de marzo de 2021 y su respuesta el 5 de marzo de la misma anualidad. (fls 27 – 29 archivo 01).

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

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

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

Debe de forma adicional, 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 18 de enero de 1967 (fl. 19 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales; (Archivo 16 expediente administrativo) iii) que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1,434 semanas (fl. 37 Archivo 01).

Siguiendo con el curso del proceso se absolvió interrogatorio a la representante legal de COLFONDOS S.A., quien indicó que para la fecha en que la demandante suscribe el formulario de afiliación, no se encontraba presente, que procedió a revisar el expediente administrativo al interior de la compañía, informó que encontró la creación de la cuenta individual y el formulario de afiliación, que en dicha consulta no pudo evidenciar como se dio la afiliación, explicó que ateniéndose a las instrucciones que para esa fecha tenía la entidad, la demandante debió recibir asesorías por parte del Departamento Comercial, frente a las eventuales consecuencias y características entre el RAIS y el RPMPD, señaló que no tiene soporte documental o testimonial de la presunta información que se le suministró a la demandante, que para la fecha en que se suscribió el formulario de afiliación la actora, toda la fuerza comercial de COLFONDOS, tenía la obligación de transmitir información de manera clara, que desde la creación de COLFONDOS, existen capacitaciones permanentes a todos los trabajadores, incluyendo claramente a la fuerza comercial.

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte a la demandante, indicó que para el año 1994 en el mes de noviembre, trabajaba en la Caja de Compensación Familiar CAFAM, que para la época desempeñaba el cargo de secretaria del Departamento de Tesorería, manifestó que su proceso de afiliación con la AFP COLFONDOS, se dio cuando les hicieron una reunión grupal y les explicaron que COLFONDOS era un nuevo Fondo, que el ISS, se iba a acabar, que el Fondo le ofrecería mejores garantías tales como: Que la mesada pensional podría mejorar, pensión anticipada, reveló que le presentaron el formulario de afiliación, que el asesor se acercó, le leyó las preguntas, que ella respondió, que quien diligenció el formulario fue el asesor y que finalmente firmo; advirtió que para el 1994, no conocía cuales eran los requisitos para pensionarse en el ISS, que el asesor de COLFONDOS no le explicó cuáles eran los requisitos para pensionarse en cualquiera de los dos regímenes, en qué consistía una renta vitalicia, un retiro

programado, manifestó que la AFP nunca le explicó cómo se financiaría a futuro su pensión, que pasaría con sus aportes en caso de fallecimiento, señaló que en la reunión les explicaron que a su nombre se daría apertura a una cuenta de ahorro individual en donde se consignarían sus aportes en COLFONDOS., que ganaría intereses, que tenía la posibilidad de hacer aportes voluntarios, qué con las semanas que había cotizado en el ISS, se realizaría un traslado de los recursos a través de un bono pensional, anunció que se encuentra laborando, que hace aportes a pensión, que no ha solicitado su pensión de vejez a la AFP COLFONDOS, que ha recibido extractos de su cuenta de ahorro individual trimestralmente, que revisa el contenido de los mismo para confirmar que el empleador le consigne, inspecciona las semanas y el monto del ahorro, expuso que el motivo para retornar al RPMPD, es que la mesada pensional en el RAIS, se va a ver muy afectada; finalmente manifestó que hace tres años, se acercó a COLFONDOS, a solicitar información sobre el bono pensional y la pensión anticipada, que ahí fue cuando se dio cuenta que el Fondo no era realmente lo que esperaba.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 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 actora a COLNFODOS S.A., es nulo.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no supe el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **AMANDA LUCIA MALAGON ROJAS**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de

aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de COLFONDOS S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ s11421 y s11688 ambas de 2019 y s1638-2020, s15292-2021, s11017, s11022, s11125 y s11497 y s11501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

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

Finalmente, habida cuenta 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 finca su inconformidad COLPENSIONES, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de febrero de 2022, por el Juzgado Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **AMANDA LUCIA MALAGON ROJAS** en contra de la **AMANDA LUCIA MALAGON ROJAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**

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

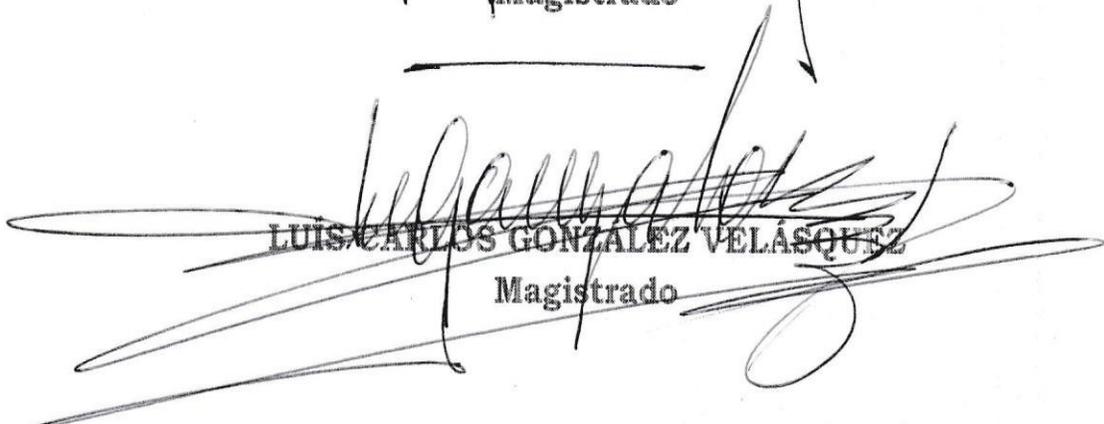
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM