

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

Número de Proceso: 110013105026 2021 00017 01
Demandante: Jairo Rodríguez Rojas
Demandados: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías S.A.
Llamada en garantía: Mapfre Colombia Vida Seguros S.A,

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Rafael Albeiro Chavarro Poveda, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

El señor **Jairo Rodríguez Rojas**, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y Skandia Administradora de Fondos de

Exp. No. 026 2021 00017 01

Pensiones Y Cesantías S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (folios 6 y 7 archivo 01):

1. Que se **DECLARE la NULIDAD de la afiliación**, efectuada por mi mandante, del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM) al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS) el 01 de julio del año 2000 ante ING hoy AFP PROTECCIÓN S.A, por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento, para que se trasladara al régimen de ahorro individual al que pertenece dicha administradora.
2. Que, en consecuencia de la anterior, se declare la NULIDAD de la afiliación efectuada el 01 de julio de 2010 con la AFP SKANDIA S.A.
3. *Que, en consecuencia de la anterior, se declare la NULIDAD de la afiliación efectuada el 24 de octubre de 2020 con la AFP PORVENIR S.A.*
4. *Que, como consecuencia de la declaración de nulidad de afiliación y/o ineficacia de traslado, **ORDENE** a AFP PORVENIR S.A, RETORNAR a mi mandante junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA - administrado por COLPENSIONES.*
5. *Que se **ORDENE a COLPENSIONES**, recibir en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM) a mi mandante y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad.*
6. *Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.*
7. *Lo que ultra y extrapetita el señor Juez considere.*

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Desde el 15 de mayo de 1982 hasta el 30 de junio del 2000, estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales, acumulando 609 semanas cotizadas.

2. En julio de 2000 cuando laboraba en la Agencia Colombina de Cooperación Internacional, los asesores de la AFP ING hoy Protección le presentaron el nuevo régimen pensional.
3. Una asesora de Protección privado llegó a su escritorio manifestando el interés de brindar asesoría de los beneficios de estar allí y le informó que debido a que sus ingresos eran considerados altos, era muy beneficioso trasladarse al fondo privado, donde se le garantizaba un rendimiento mínimo fijo, el cual incrementaría su pensión mucho más que en el ISS.
4. La promotora le manifestó que los recursos estarían en una cuenta de ahorro individual, por lo que si llegare a fallecer estos serían heredados por sus hijos menores, que el ISS atravesaba por dificultades financieras, con la posibilidad de que no siguiera funcionando y el riesgo de perder su pensión, igualmente, le indicó que en el RAIS podría pensionar antes de la edad requerida.
5. Para julio de 2010, cuando laboraba en la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, los asesores de Skandia S.A. le presentaron el nuevo fondo, indicando que en el mismo tendría mejor rentabilidad en comparación de los demás.
6. En octubre de 2022, cuando trabajaba en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, los asesores de Porvenir S.A. le indicaron que tenía servicios encaminados a mejorar su pensión como los rendimientos de sus inversiones.
7. Tiene un total de 1.500 semanas cotizadas a marzo de 2020 en el sistema general de pensiones.
8. El 4 de febrero de 2020 solicitó ante las entidades demandadas la nulidad del traslado de régimen con respuesta negativa.
9. Según simulación pensional de Porvenir S.A., cuando cumpla 62 años de edad el valor de la mesada sería de \$1'610.400, y en Colpensiones de \$4'335.271.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 18 de enero de

Exp. No. 026 2021 00017 01

2021 (archivo 2) y fue admitido el libelo introductorio con proveído del 16 de febrero de la misma anualidad (archivo 3).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. contestó dentro del término con oposición a las súplicas de la demanda, e indicó no constarle o no ser ciertos ninguno de los hechos. Formuló las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (archivo 5).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., dio contestación en forma legal y oportuna con oposición a las súplicas de la demanda; en relación a los hechos tuvo como ciertos que la AFP explicó al demandante sobre la creación de una cuenta de ahorro individual y la heredabilidad de la cuenta y la solicitud de traslado con respuesta negativa. Como argumentos de defensa señaló que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, que el formulario de vinculación suscrito por el actor se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo privado como del afiliado. Formuló las excepciones denominadas: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional y la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; contradicción del dictamen pericial y traslado de los aportes a otra administradora (archivo 6).

Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. se opuso a los pedimentos del escrito instructor; aceptó los hechos relacionados con que el demandante estuvo afiliado al ISS, la calenda de su traslado a dicha AFP y la solicitud de nulidad del traslado con respuesta desfavorable. Como medios de defensa propuso las excepciones denominadas prescripción, buena fe, genérica y pago (archivo 7).

Exp. No. 026 2021 00017 01

Con proveído del 30 de junio de 2021, el juzgado de conocimiento admitió el llamamiento en garantía realizado por Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. en contra de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., (archivo 10).

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A, manifestó no oponerse ni allanarse a la prosperidad de las pretensiones de la demanda al dirigirse contra una persona jurídica diferente a ella; dijo no constarle la totalidad de los hechos relacionados en el libelo introductorio. Como excepciones propuso las de: “el acto jurídico de afiliación al RAIS, y el de su posterior traslado a otra AFP, fueron debidamente informados y las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas, válidas y oponibles”; “inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de ineficacia material o de invalidación de los actos jurídicos de afiliación del demandante al RAIS y posterior traslado horizontal”; “legalmente el demandante se encuentra inhabilitado para trasladarse de régimen pensional por estar en el periodo de carencia” y reconocimiento oficioso de excepciones. . Respecto al llamado en garantía efectuado, también sentó su oposición, al considerar que, “...se opone a la pretensión encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con mi representada, pues el único objeto de éste previsional regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que, en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora “el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente”. (archivo 15).

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTISEIS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 18 de agosto de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera (archivo 35):

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante **JAIRO RODRÍGUEZ ROJAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.440.832 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones **PORVENIR** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR al fondo de pensiones **PROTECCIÓN y SKANDIA** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** los dineros descontados correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dichos fondos pensionales, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO. ABSOLVER a la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** de las pretensiones incoadas con el llamamiento en garantía por parte de **SKANDIA**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones **PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA**, a razón de un 33.33% a cargo de cada una, fijándose como agencias en Derecho la suma de **UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1'500.000)**.

OCTAVO. CONDENAR en costas de esta instancia a **SKANDIA**, y a favor de la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, fijándose como agencias en Derecho la suma de **OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000)**.

Para arribar a tal conclusión, precisó, luego de realizar un recuento jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado, que valorado el material probatorio y el interrogatorio de parte del demandante se acredita que no recibió una asesoría sobre las características propias del régimen, pues cada vez que suscribió un contrato laboral, el empleador le presentaba el

formulario de afiliación al fondo de pensiones privados, asimismo, no se probó que le hayan informado que necesitaba un capital mínimo para pensionarse o los factores a tener en cuenta para obtener el monto de su mesada pensional, tampoco se hizo referencia que se haría en caso de fallecimiento, no le explicaron en forma clara y precisa cuando se redimiría su bono pensional, si tendría derecho al mismo, ni ninguna otra característica propia del régimen de ahorro individual.

En cuanto al llamamiento en garantía los riesgos amparados de la póliza, son riesgos de origen común, es decir contingencias distintas a la que aquí se imponen condenas a la devolución de seguros previsionales, si que Mapfre haya cubierto dicha situación.

5. RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del *a quo*, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, interpusieron recurso de apelación, de la siguiente manera:

Porvenir S.A. sentó su inconformismo frente a la condena de la indexación, toda vez que dentro de las obligaciones de los fondos privados está la de garantizar la rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, y los recursos del actor no se vieron afectados.

Skandia S.A. solicitó se revoque parcialmente la decisión de primera instancia relacionada con la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales debidamente indexados, bajo el sustento que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 36 del decreto de 692 del año 1994, el 3% de las cotizaciones en ambos regímenes, se destinan principalmente cubrir dos tópicos, los gastos o comisión de administración y el pago para la prima de los seguros de invalidez y sobrevivientes, correlativamente, con esto se crean una

serie de obligaciones que deben cumplir las administradoras de pensiones, entre las cuales se encuentran, administrar la cuenta ahorro individual del afiliado, garantizar una rentabilidad mínima de los fondos de pensiones, consolidar la historia laboral, ejercer la acción de cobro frente a las moras generadas y garantizar que, en caso de cumplirse con los requisitos para acceder a la prestación económica de sobrevivencia o de invalidez, se pueda financiar dicha prestación a la familia o a sus beneficiarios, entre otras. Agregó que ordenar el reintegro de dicha comisión es una clara violación del principio constitucional de buena fe y confianza legítima y al debido proceso, pues se ordena judicialmente volver a una suma que tiene un titular definido ilegalmente.

Colpensiones arguyó que el juez de primer grado pasó por alto que para la fecha del traslado a la realidad del momento, según la normatividad aplicable para la Ley 100, lo que se exigía era la aceptación libre y espontánea, expresa, lo que se ve reflejado con la firma del formulario de afiliación. De igual manera no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente. Colpensiones es un tercero de buena fe en este asunto y los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de su celebración solo deben repercutir sobre las partes involucradas.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, Colpensiones y Porvenir S.A. se ratificaron en lo expuesto al momento de sustentar el recurso de alzada, además ésta última expuso la improcedencia de la ineficacia del traslado. Por su parte el accionante solicitó se conforme la sentencia proferida por el juez de primer grado.

7. PROBLEMAS JURÍDICOS.

Los problemas jurídicos que ocupa la atención de la Sala se circunscriben en determinar:

- i) ¿la simple suscripción del formulario de afiliación de manera libre y voluntaria supone que el traslado de régimen es válido?
- ii) ¿En el año 2000, la AFP no tenía la obligación de asesoría para los afiliados al sistema general de seguridad social?
- iii) En virtud de la ineficacia del traslado, ¿es procedente la devolución de los gastos de administración, primas de seguros y descuentos al fondo de pensión mínima? ¿En caso afirmativo deben ser ordenados con la respectiva indexación, o por el contrario la devolución de los rendimientos financieros suple la finalidad de la actualización monetaria?
- iv) ¿La declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema?

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por Porvenir S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones, al momento de sustentar los recursos de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que afectan a Colpensiones.

1. De la ineficacia del traslado.

Sostiene Colpensiones, que la parte demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación conforme a las normas existentes para la época del traslado, sin que se pueda exigir el cumplimiento del deber de información de normas inexistentes para el momento en que se produjo la migración, sin que la entidad tenga injerencia alguna en dicho acto jurídico, sin embargo, se entiende que la misma tiene legitimidad para cuestionar este punto, en tanto que, con la declaratoria de la ineficacia, recae sobre ella la obligación de recibir a la demandante en el RPM.

Por lo anterior, se hace necesario hacer las siguientes precisiones en torno a la ineficacia del traslado:

1. El análisis de la eficacia del acto jurídico de migración del RPMPD al RPM por ausencia de una debida información de parte de las AFP no debe abordarse desde la figura jurídica de las nulidades si no por medio de la institución de la ineficacia, con excepción de las consecuencias de su declaratoria las cuales se rigen por lo previsto por el artículo 1746 del Código Civil relativo a los efectos de aquella (CSJ SL1688-2019, CSJ SL1465-2021, CSJ SL4297-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023).
2. No resulta procedente que el sentenciador exija demostrar que el consentimiento expresado al momento en que se tomó la determinación cuestionada estuvo afectado por algún vicio, esto es error, fuerza o dolo (CSJ SL1566-2022, CSJ SL3155-2022, CSJ SL610-2023) y que en caso de estarlo se configuraría un yerro de derecho que no lo afectaba (CSJ SL2279-2021).
3. La Corte Suprema de Justicia, Sala Casación Laboral en forma reiterada ha señalado que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro, que el de la ineficacia de la afiliación (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021).
4. Por lo previo son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte del demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la

Exp. No. 026 2021 00017 01

inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

5. Son las administradoras de pensiones quienes tienen que acreditar que durante la migración entre el RPMPD al RAIS, se otorgaron los datos completos, necesarios y, suficientes, ya que la afirmación por parte de la demandante de que tal obligación fue omitida, configura la existencia de una negación indefinida que, tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en armonía con el mandato establecido en el canon 1604 del Código Civil (CSJ SL1217-2021, CSJ SL3871-2021, CSJ SL5686-2021).

El artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 indica como una de las características del Sistema de Pensiones la siguiente: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”

Y el artículo 60, el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(...)

“Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo”.

El artículo 114 de la misma disposición preceptúa: *“REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN. Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente Ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora comunicación escrita*

Exp. No. 026 2021 00017 01

en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones”.

A su turno el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para obrar la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Por su parte, la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», reiteró en su artículo 21 este deber, en el sentido que tal información tiene como propósito evaluar las mejores opciones del mercado y «poder tomar decisiones informadas».

Así las cosas, es claro para la Sala que desde el surgimiento de los fondos privados en el sistema pensional han tenido la obligación de suministrar al afiliado una ilustración «comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea» pues es lo que conduce a que el usuario realmente tenga un consentimiento informado, el que ha sido definido como «un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen» (CSJ SL19447-2017, CSJ SL4324-2022) permitiendo así, que la decisión de traslado sea libre y voluntaria como lo exige el ordenamiento jurídico (CSJ SL4322-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL610-2023).

La Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que con el transcurrir del tiempo, el deber de información ha evolucionado a un mayor nivel de exigencia, y ha identificado tres etapas, conforme el avance normativo que regula tema, así: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo desde de 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante.

Teniendo en cuenta la fecha en la que la actora migró al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 1° de julio de 2000 (fº. 38 archivo 6); la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo; esto es, cuando debía brindar información clara y transparente acerca de los dos regímenes pensionales.

Por consiguiente, el acto jurídico de traslado de régimen debió estar precedido de una ilustración, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los sistemas pensionales, los riesgos y consecuencias de su cambio y, por tanto, las AFP tenía a su cargo el verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), *“entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir que la afiliada, antes de dar su consentimiento, debe recibir información clara, cierta, comprensible y oportuna”* (CSL SL 932-2023).

Por otro lado, la suscripción del formulario de afiliación tampoco denotaría el cumplimiento de información mínima que se exigía para la época en que la promotora del litigio migró hacia el RAIS. La firma de este documento al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos no resulta suficiente para dar por demostrado el deber de información, en la medida que de ello no puede colegirse que efectivamente se contó con la ilustración necesaria para que su determinación fuera libre y voluntaria (CSJ SL4324-2022, CSJ SL3155 2022, CSJ SL1637-2022), puesto que *«esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado»* (CSJ SL4205 2022), en los términos exigidos por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad (CSJ SL4205-2022).

En efecto, el documento de afiliación suscrito por la demandante el 1° de julio de 2000 a través de Santander hoy Protección S.A. (fº. 37 archivo 06), se anota con la leyenda pre impresa: *“DE ACUERDO CON EL DECRETO 692 DE 1994 ARTÍCULO 11, HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEHIDO A PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER PARA QUE ADMINISRE MIS APORTES PENSIONALE Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS. AUTORIZO A PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER PARA QUE TRAMITE A MI NOMBRE LA EMISIÓN DE MI BONO PENSIONAL”*, lo cual, no permite establecer si el actor recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección, por tanto, con dicho documento no se satisface la carga de la prueba que atañe a las AFP.

Y las otras pruebas documentales aportadas al proceso, tales como: copia de la cédula de ciudadanía (fº 110 archivo 01), certificado de traslado de saldos y reporte de semanas cotizadas en pensiones emitidos por Colpensiones (fº. 112 a 115 archivo 01), solicitudes elevadas por el actor de nulidad del traslado y las respuestas dadas por las administradoras de pensiones (fº. 124 a 198 archivo 01), historial de vinculaciones de Asofondos (fº. 64 archivo 5), formularios de afiliación a Porvenir y Skandia (fº. 65 archivo 5 y fº. 35 archivo 07), comunicados de prensa (fº. 66 a 68 archivo 5 y 63 a 65 archivo 6), concepto de 15 de enero de 2020 y de 29 de diciembre de 2015 emitidos por la Superintendencia Financiera de Colombia (fº. 69 a 75 archivo 5 y 61 y 62 archivo 6); certificado de afiliación, relación de aportes, relación histórica de movimientos y la historia laboral consolidada de Porvenir S.A. (fº. 83 A 106 archivo 5), historia laboral válida para bono pensional emitida por la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito público (fº. 107 a 108 archivo 5); reporte estado de cuenta emitida por Protección S.A. (fº. 45 a 59 archivo 6); certificación de traslado, estado de cuenta y estado de cuenta proferidas por Skandia (fº. 7 a 43 archivo 7); y pólizas de seguros previsionales (fº. 51 archivo 7) no permiten colegir que Santander hoy Protección S.A., haya cumplido con su deber de asesoría precisa, completa, pues los mismos son posteriores a la fecha de migración al RAIS por parte del actor.

Además, el registro de la información en un periódico no da cuenta que la demandante lo haya leído y así recibido la asesoría que se requiere.

Ahora, Jairo Rodríguez Rojas manifestó a la hora de rendir el interrogatorio de parte que su afiliación con Santander en el año 2000 laboraba en la Agencia Colombiana de Cooperación Internacional, estaba en su puesto de trabajo cuando se acercó la asesora, le dijo que sus ingresos eran bastantes altos y que le brindaba la asesoría para trasladarse al fondo y debido a la rentabilidad que ofrecía en su momento era beneficioso para él, toda vez que su pensión sería mayor que la que le ofrecería el seguro social, le preguntó que si esos recursos eran heredables en razón a que tenía dos hijos pequeños en sus momentos y le comentó que si, además que podía pensionarse con anticipación, otro aspecto era que el ISS tenía una crisis financiera. La asesora le manifestó que del ahorro de su cuenta dependía su cuenta. No señalaron los requisitos para pensionarse, no leyó el formulario le llenó los datos, no le dijo como podía pensionarse anticipadamente. No recuerda más características que le hayan informado del fondo privado, no le dijo que pasaría en caso de que no alcanzara a pensionarse. El motivo de sus posteriores traslados fue la información de que tenía mejores rendimientos, pero no le manifestaron si hacían inversiones.

De la respuesta brindada por el demandante, no se puede establecer que, exista confesión, como quiera que en los términos del art 191 del CGP, al cual nos remitimos por expresa integración normativa del artículo 145 del CPT, para que opere dicha figura se requiere que lo expuesto por el declarante, sea adverso a sus intereses y de paso, resulte favorable a la otra parte, tal y como lo expuso la Sala de Casación Laboral en sentencia SL677-2020 *“Luego, sus aseveraciones no resultan adversas a sus intereses o favorables para su contraparte, capaces de ser catalogadas como confesión”*, sin que de este modo ninguna de las afirmaciones del actor de cuenta de información alguna brindada por la administradora del fondo privado para el momento del traslado de régimen pensional.

En síntesis, se pretendió acreditar el cumplimiento de dicha obligación, con la suscripción del formulario de afiliación, sin embargo, pasaron inadvertido que, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP).

Si bien, no se requiere prueba solemne para demostrar el cumplimiento del deber de información, el medio debe ser útil para acreditarlo, condición que no se cumple con el formulario de afiliación aportado, se itera de este no se evidencia si la demandante recibió o no información adecuada y suficiente sobre los efectos de tal elección. Además, no se constató que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Bajo este entendimiento, se dispondrá confirmar la sentencia de primera instancia.

2. De la devolución de los gastos de administración, primas de seguro y descuentos al fondo de pensión mínima e indexación.

Se duele Skandia S.A. y Porvenir S.A., que estos conceptos no deben ser objeto de devolución como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia y, además, tampoco deben ser indexados como quiera que, se ordena los rendimientos generados de a cuenta de ahorro del demandante

Sobre el particular, cumple recordar que ha sido posición reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que las AFP deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; también ha dicho que esta declaración obliga a las administradoras del RAIS a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propios recursos, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues

desde el nacimiento del acto ineficaz, estos dineros han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. (CSJ SL2937-2021).

Entonces, aunque es cierto que, por disposición legal, la AFP cobra un porcentaje por administración, a su vez, dentro de ese porcentaje contrata con otra aseguradora para cubrir el resto de contingencias, o denominados seguros previsionales, el hecho de esos recursos hayan sido sufragados con terceros, no implica que la AFP no deba devolverlos, pues, como lo ha enseñado la jurisprudencia laboral, esos dineros deben retornarse con los propios recursos del organismo, debido a las consecuencias de la conducta indebida, por ende, debe correr con los deterioros sufridos por el bien administrado y demás eventualidades que no debieron surgir si se hubiera respetado el deber de información, como lo disponen los artículos 963 y 1746 del CC, según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Y con relación al tema de la indexación, cumple precisar que las sumas que se ordenan devolver se agrupan en dos rubros diferentes: por un lado, los aportes pensionales con sus respectivos rendimientos; y, por otro, los gastos de administración, las sumas destinadas al seguro previsional y los montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, cuyos porcentajes de distribución están consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, si bien los aportes pensionales, por disposición legal, deben generar una rentabilidad mínima, con lo que se busca contrarrestar su pérdida de poder adquisitivo, razón por la cual se ordena la devolución tanto de las cotizaciones como de los rendimientos causados, no ocurre así con los restantes conceptos, esto es, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional y montos dirigidos al fondo de garantía de pensión mínima, lo que implica que, para el momento de su devolución al RPMPD, se encuentran devaluados y, por ello, la necesidad de traerlos a valor presente; además, esa actualización se impone sobre los aportes,

si las AFP no ponen a disposición de Colpensiones dentro del plazo concedido en esta instancia, luego entonces, no incurrió en ningún desacierto el juzgado de conocimiento a la hora de ordenar la indexación de los gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y fondo de garantía de pensión mínima. En consecuencia, se confirmará en este aspecto la decisión objeto de apelación.

Y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. De no operar dicho reembolso, se le estaría dando efectos parciales a dicha declaratoria, y ello, además, implicaría un enriquecimiento sin justa causa a costa de los aportes del cotizante y su empleador.

3. De la sostenibilidad financiera del sistema.

Como se expuso, el resultado de la declaratoria de lo pretendido en el presente juicio trae consigo el regreso al régimen de prima media con prestación definida, lo cual implica que el fondo privado tenga la obligación de retornar a Colpensiones todos los emolumentos que percibió mientras la demandante estuvo vinculado al RAIS lo que incluye no solamente el capital, si no los rendimientos, cuotas de administración, comisiones, aportes para las garantías de pensión mínima, más seguros previsionales debidamente indexada, cobijando también todas las vinculaciones que hubiese tenido en dicho sistema (CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL5280-2021, CSJ SL1055-2022, CSJ SL2369-2022, CSJ SL610-2023).

Y esta es la razón precisamente por la cual no se puede sostener que la ineficacia del traslado genere afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues las consecuencias propias acabadas de explicar, se garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado en lo que respecta la condena impartida a Colpensiones. Sin que pueda considerarse un

enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de la ineficacia de traslado de ninguna manera implica que el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

4. Plazo para el traslado de los dineros.

En atención a lo expuesto por Colpensiones, con el fin de evitar controversias futuras, se les concederá un plazo de 30 días a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, para que pongan a disposición de Colpensiones las sumas ordenadas.

5. Costas

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Skandia S.A. por haber apelado y haberse despachado de forma desfavorable sus argumentos.

Exp. No. 026 2021 00017 01

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Segunda de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida el 18 de agosto de 2023 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de conceder a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. el término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de esta sentencia, para que pongan a disposición de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, las sumas ordenadas.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO.- Costas en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva, la suma de un (1) smmlv por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.


LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ
Magistrada

Exp. No. 026 2021 00017 01



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO
Magistrada