



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105029201800115-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de enero de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de enero de 2019 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS ALFONSO GUEVARA LOPEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada JOHANNA ANDREA SANDOVAL como apoderada principal y representante legal de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS y como abogada sustituta a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas conforme obra en los poderes de folios 130 vto. a 139, para que actúen en nombre y representación de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

LUIS ALFONSO GUEVARA LOPEZ, pretende se declare la ineficacia del traslado de régimen de prima media realizado al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia sea condenada a trasladar todos los aportes efectuados a COLPENSIONES,

quien a su vez deberá reconocerlo como afiliado, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 6 de marzo de 1956; cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida entre el 15 de diciembre de 1989 y el 27 de febrero de 1995 un total de 271.57 semanas; el 1º de abril de 1995 se trasladó al RAIS administrado por COLMENA hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.; sumados los tiempos de servicio cuenta con un total de 1.129.29 semanas; al momento de su traslado al RAIS no se le informó sobre las consecuencias del traslado por lo que el 31 de julio de 2017 radicó derechos de petición para que se le entregaran los documentos en los que constaba dicha información sin obtener respuesta; y que COLPENSIONES negó su solicitud de declaratoria de nulidad del traslado (fls 49-55).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarles o no ser ciertos, salvo los relacionados con las solicitudes a ellas elevadas en el año 2017.

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica (fls 75-79)

PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones que denominó: validez de la afiliación a PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica (fls 89-96).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de enero de 2019, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas al demandante, al no encontrar acreditado que éste demostrara los vicios del consentimiento en su afiliación al fondo privado, carga probatoria que soportaba al no ser beneficiario del régimen de transición.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, con el fin de que se revoque y en su lugar se acceda a todas las pretensiones de la demanda, atendiendo que

entre 1987 y 1995 el demandante estuvo afiliado a CAJANAL y cuando se trasladó al sector privado con la empresa Reencauchadora Master sólo le dieron la opción de afiliación al RAIS con dos fondos, por lo que el Fondo sí tenía la obligación de acreditar que brindó la asesoría, de acuerdo con lo previsto en el artículo 167 del CGP.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido el apoderado del demandante presentó sus alegaciones solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia para en su lugar acceder a las pretensiones ante la omisión del deber de información por el parte falta de CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A al momento del traslado de régimen, quien era el que soportaba la carga probatoria de esa circunstancia. A su vez, la apoderada de COLPENSIONES petitionó la confirmación del fallo de primera instancia por cuanto el traslado del actor se efectuó de manera libre y voluntaria y en todo caso la información suministrada por la AFP debe ser valorada bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso y en caso afirmativo si la llamada a recibirlo es COLPENSIONES, aunque con anterioridad al traslado de régimen no estaba afiliado al ISS sino a CAJANAL.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el

afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 103 obra copia del formulario de afiliación al FONDO DE CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA diligenciado el 23 de abril de 1996 con efectividad a partir del 1° de junio de 1996, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folio 97, deja en evidencia el error cometido por ese Fondo al haber consignado en dicho formulario datos que no correspondían a la realidad, pues pese a tratarse de un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - CAJANAL (cuyas obligaciones con sus afiliados hoy son asumidas por COLPENSIONES)¹, al Régimen de Ahorro Individual - COLMENA, lo que allí se hizo constar es que era un traslado de AFP, anotándose que la AFP

¹ El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: “*respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan*”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. Por otra parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, haciéndose efectivo el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

anterior había sido Horizonte, dislate que así visto permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación del actor, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen y no de fondo.

CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA AIG
 NIT. 800.229.255-8

SOLICITUD DE VINCULACION

Ciudad / Departamento: SANTA FE DE BOGOTA / CUNDINAMARCA Fecha: 23 / 04 / 2016

VINCULACION INICIAL:
 TRASLADO DE AFP:
 TRASLADO DE REGIMEN:

AFP ANTERIOR: HORIZONTE
 ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR: _____

C&P AFILIACIONES: 1010215872

INFORMACION DEL TRABAJADOR

NUMERO DOCUMENTO DE IDENTIDAD: 5946426 ITI: R.C.C: C.C.E: FECHA DE NACIMIENTO: 06 / 03 / 56 NACIONALIDAD: COLOMBIANO

PRIMER APELLIDO: GUEVARA SEGUNDO APELLIDO: LOPEZ PRIMER NOMBRE: LUIS SEGUNDO NOMBRE: ALFONSO

DIRECCION RESIDENCIA: Che 36 # 69-65 int. 36 Apt. 902 CIUDAD O MUNICIPIO: Bogota DEPARTAMENTO: C/moca TELEFONO: 4161852

DIRECCION DE LUGAR DE TRABAJO: Aca 33 # 89-81 CIUDAD O MUNICIPIO: Bogota DEPARTAMENTO: C/marca TELEFONO: 6353112

DIRECCION ENVIO CORRESPONDENCIA: _____

1 RESIDENCIA: 2 LUGAR DONDE TRABAJA: 3 APARTADO AEREO: NUMERO: _____

IMP. 2007-12-28 134281 (007) .sig (2432 x 3427)

hora de la consulta : 3:06:00 PM
 Anillo: CC 5946426 LUIS ALFONSO GUEVARA LOPEZ Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 5946426

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1996-04-23	2004/04/16	COLMENA	COLPENSIONES		1996-06-01	2000-03-31
Cesion por fusion	2000-04-01	2013/10/04	ING	COLMENA		2000-04-01	2012-12-30
Cesion por fusion	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCIONING			2012-12-31	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 5946426

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-04-23	1996-06-13	01	AFILIACION	COLMENA	
2000-04-01	2000-04-01	30	CESION	COLMENA	ING

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

Prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado no se realizó de forma correcta en la anotada fecha.

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

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLMENA hoy PROTECCION S.A el 23 de abril 1996 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto revocar la sentencia de primera instancia que se abstuvo de declarar la nulidad de la afiliación inicial al RAIS.

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.

Se condenará en costas de primera y segunda instancia a PROTECCIÓN ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Fijando como agencias en derecho de esta instancia la suma total de \$908.526.00, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia deberán ser tasadas por la A quo.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal

Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 15 de enero de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LUIS ALFONSO GUEVARA LOPEZ en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó el demandante LUIS ALFONSO GUEVARA LOPEZ a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, el 23 de abril de 1996, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - CAJANAL.

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

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

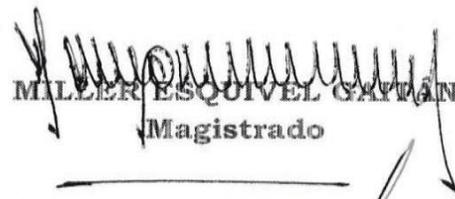
QUINTO: CONDENAR en COSTAS en ambas instancias a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A. Fijese en esta instancia como agencia derecho la suma de \$908.526.00 en favor de la parte demandante. Las de primera instancia tásense por la A quo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

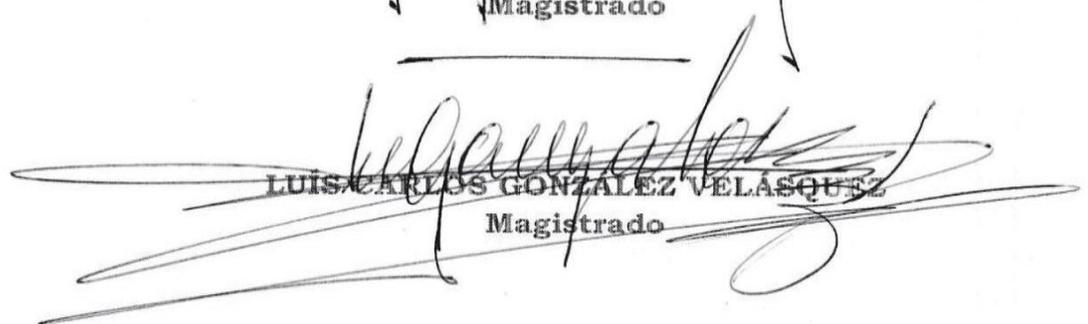
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 11001310503020170311-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de enero de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 24 de enero de 2019 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ADELINA OCAÑA GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, con la intervención de **OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Doctora JOHANNA ANDREA SANDOVAL CC. No. 38.551.125 de Cali (Valle) y como apoderada sustituta a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional - Santander T.P. No.221.228 del C. S. de la J en los términos y para los efectos del poder allegado junto con el escrito de alegatos. Del mismo modo, se reconoce personería al Dr. JORGE ENRIQUE VIVIEL GONZÁLEZ, con CC No. 1014225303 de Btá y T.P. 277.946 del C. S. de la J. como apoderado sustituto de OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y

CESANTIAS S.A., según poder conferido a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., allegado igualmente con sus alegatos; y, por último, se tendrá por reasumido el poder por el Dr. JUAN CARLOS GONZALEZ CANDIA como apoderado de la parte actora.

ANTECEDENTES

MARGARITA GIRALDO GÓMEZ, pretende que se declare ineficaz el traslado al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS; y, en consecuencia, se condene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes cotizados al régimen de ahorro individual a COLPENSIONES, quien a su vez deberá aceptar dichos aportes y reconocerla como afiliada sin solución de continuidad desde el 14 de mayo de 1982 y al pago de las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que se afilió al Sistema General de Pensiones el 14 de mayo de 1982, aportando 974 semanas, luego de la expedición de la ley 100 de 1993 y con la entrada en vigencia del régimen de ahorro individual seleccionó a COLFONDOS S.A como su nueva administradora de pensiones el 14 de febrero de 2001, cuyo asesor no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior al que recibiría en el ISS, las ventajas y desventajas de trasladarse, no le elaboró una proyección pensional y tampoco le dijo que podía retornar antes del cumplimiento de los 45 años de edad, o que por ser servidora pública del nivel distrital era beneficiaria del régimen de transición; actualmente cuenta con 1.763 semanas cotizadas al sistema general de pensiones y sus solicitudes de traslado de régimen le fueron resueltas negativamente. (fls 54-69).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas y la llamada como litis consorte necesaria, 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 las reclamaciones elevadas, las cotizaciones realizadas y la afiliación al RAIS.

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fls 81-88)

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica. (fls 103-112)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS planteó las excepciones de: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; prescripción; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; validez de la afiliación al RAIS; compensación y pago; obligación a cargo exclusivamente de un tercero; genérica; nadie puede ir en contra de sus propios actos, y, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPMPD. (fls 152-176)

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (fls 199-219)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de enero de 2019, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a las demandadas de todas las pretensiones y condenar en costas a la demandante en la suma de \$300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación, ya que la demanda estuvo dirigida a que se declarara que al momento del traslado a COLFONDOS éste omitió brindar información y buen consejo a la afiliada, y si bien la señora ADELINA pertenecía al régimen especial del Magisterio, este hace parte RPMPD el cual hoy es administrado por COLPENSIONES y por ello es procedente la declaratoria de nulidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal el apoderado de la parte demandante insistió en la revocatoria de la sentencia de primera instancia ante la omisión del deber a cargo de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS de entregar información adecuada, clara y suficiente al momento del traslado de régimen de la afiliada, ya que no existen en el expediente pruebas documentales o de otra índole que demuestren que le brindó una asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de permanecer en el Régimen de Prima Media, o las desventajas. Entre tanto, el apoderado de OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.), solicitó la confirmación del fallo de primera instancia ya que en el presente asunto se acreditó que la

demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no se pudo establecer su afiliación al RPM, pues antes de su afiliación al RAIS se encontraba afiliada al Régimen Especial del Magisterio al ser docente del Distrito de Bogotá, razón por la cual, la demandante era quien estaba obligada a acreditar su afiliación al RPM para poder solicitar su retorno al mismo. Finalmente, la apoderada de COLPENSIONES petitionó la confirmación del fallo al considerar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de la información.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en consecuencia es dable ordenar a COLPENSIONES que la reciba como su afiliada, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han

sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

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

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

Por lo expresado, 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; y por supuesto, que en efecto estaba afiliado al RPMPD respecto de la entidad demandada a la cual pretende retornar como

consecuencia de la declaratoria.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba sobre la asesoría brindada 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, encontrándose a cargo de quien demanda, la demostración de su vinculación en el RPMPD.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 177 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen a COLFONDOS diligenciado el 14 de febrero de 2001, con fecha de efectividad del 1° de abril de año, documento en el que se consignó que la entidad de la que provenía el traslado era el ISS, no obstante, tal situación no logró ser acreditada en el curso de esta actuación en la medida que no obra prueba, siquiera sumaria, de que la actora hubiera realizado, antes del 14 de febrero de 2001, cotización alguna a esa entidad encargada de administrar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, circunstancia de la que tampoco dio cuenta la historia de vinculaciones expedida por Asofondos (fls 115 a 117), ni la expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público- Oficina de Bonos Pensionales Liquidación (fls 124-125), en la que lo que se lee es que “EL ISS/COLPENSIONES certifica que no se encuentra historia laboral posterior a 1994”, y si ello es así, le asiste razón al A quo al abstenerse de declarar la nulidad del traslado de régimen cuando el mismo no se presentó respecto del extinto ISS o de cualquier otra entidad por la que COLPENSIONES tenga la competencia de asumir sus obligaciones, al punto que según el certificado de información laboral y de salario base expedido por la Secretaria de Educación del Distrito para certificar tiempos cotizados a cajas publicas diferentes al ISS o tiempos no cotizados (fls 40 a 43), se pudo constatar que la Caja, Fondo o Entidad a la cual se realizaron los aportes entre el 14 de mayo de 1982 y el 30 de diciembre de 2002 por la demandante, fue al Fondo Prestacional del Magisterio¹.

¹ Creado mediante la ley 91 de 1989 como “una cuenta especial de la nación, con independencia patrimonial, contable, estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos deben ser manejados por una entidad fiduciaria estatal, en la cual el Estado tenga más del 90% de capital” (Art. 3), siendo la entidad encargada de administrar esa cuenta de la nación, la Fiduprevisora S.A., entidad de Economía Mixta, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado.

Recuerde la censura que La Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, ii) el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Ley que en su artículo 52 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales, autorizando a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen “respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

Aclarado lo anterior, dado que el régimen pensional de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, toda vez que los docentes que se hubiesen vinculado a partir de la vigencia de dicha Ley, según lo preceptuado en el artículo 81, son los que tienen los derechos de prima media establecidos en las Leyes del Sistema General de Pensiones (Acto legislativo 01 de 2005) rigiéndose bajo la Ley 100 de 1993, su modificación 797 de 2003 entre otras, al no obrar prueba de la afiliación de la demandante al ISS mal puede pretender la nulidad del traslado de régimen al RAIS con el consecuente retorno a COLPENSIONES², porque para que la falta de asesoría o asesoría indebida que se le atribuye a COLFONDOS S.A., produjera las consecuencias peticionadas en el escrito de demanda, entre ellas que COLPENSIONES la acepte como afiliada, era presupuesto previo la existencia de la vinculación al RPMPD administrado en su momento por el ISS, lo que al no evidenciarse impone la confirmación de la sentencia apelada.

Costas a cargo de la parte demandante por haber resultado desfavorable su recurso.

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,

² La Ley 100 de 1993 instituyó al Instituto de Seguros Sociales como el administrador natural del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, a partir de la supresión y liquidación del ISS ordenada por el Decreto 2013 de 2012, esa entidad fue relevada por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, creada por la Ley 1151 de 2007 para, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida del Instituto de Seguros Sociales ISS y de CAPRECOM, salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011, las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias; así, los reconocimientos pensionales fueron asumidos por COLPENSIONES a partir del 28 de septiembre de 2012.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 24 de enero de 2019 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por **ADELINA OCAÑA GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, y, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A,** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

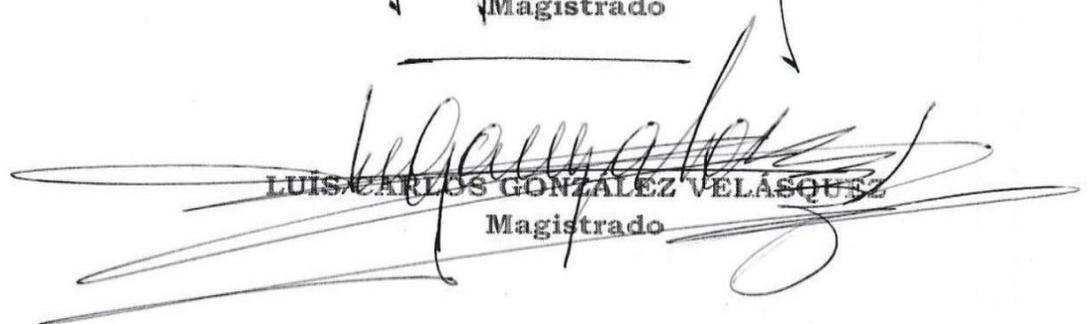
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Fíjese como agencias en derecho la suma única de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105017201700339-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de enero de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 30 de noviembre de 2018 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **GLORIA MERCEDES CARRASCO RAMIREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO identificada con la C.C No. 1144041976 de Cali y T.P No. 258258 del CSJ, y a la doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ con CC No. 31.486.436 de Yumbo (Valle) y T.P No. 309.324 del CSJ como apoderada sustituta en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folios 154 vto. a 158; así como a la Doctora DANIELA PALACIO VARONA con CC No. 1.019.132.452 y L.T No. 24981 del CSJ como apoderada de PORVENIR conforme el poder obrante a folios 162 a 182.

ANTECEDENTES

GLORIA MERCEDES CARRASCO RAMIREZ, pretende que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del RPMPD, administrado en 1998 por el ISS, al RAIS administrado por de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y como consecuencia se declare que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES; se ordene trasladar a esta última entidad todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual y que hubiera recibido el fondo con motivo de la afiliación, con todos los frutos e intereses como lo consagra el artículo 1746 del CC, junto con la devolución de las cuotas de administración cobradas y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 9 de septiembre de 1960; se afilió al ISS el 27 de octubre de 1983; cuando se vinculó a laborar con el Instituto Nacional para Ciegos y Sordos se afilió en mayo de 1998 a PORVENIR S.A porque fue el formulario que se le facilitó para ser diligenciado sin que se le suministrara ninguna información o asesoría completa y eficaz, ya que sólo se le indicó que el ISS iba a ser liquidado por falta de recursos económicos, sin que se le entregara estudio financiero o proyección; y en 2017 solicitó a las demandadas la ineficacia del traslado sin obtener respuesta favorable. (fls 17-53).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción; falta de legitimación en la causa; presunción de legalidad de los actos administrativos; inexistencia del derecho; cobro de lo no debido; buena fe de Colpensiones; no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; carencia de causa para demandar y la genérica (fls 73-79).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 95-103).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de noviembre de 2018, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción; declarar que la vinculación de la demandante al RAIS administrado por PORVENIR S.A fue ineficaz y por consiguiente no

produjo efectos jurídicos; declarar que la demandante se encuentra legalmente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES y que esa entidad tiene la obligación legal de validar vinculación sin solución de continuidad; ordenar a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses en caso de existir; ordenar a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos de la demandante que efectuó PORVENIR S.A y convalidarlos en la historia laboral para efectos de sumar las semanas requeridas en esa entidad; condenar en costas a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A incluyendo como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de \$737.717.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación.

COLPENSIONES, para que se revoque la sentencia pues el Juzgado tomó como referencia una jurisprudencia que no guarda similitud con este caso, ya que en esa oportunidad el demandante contaba con una expectativa legítima para adquirir el derecho pensional, lo cual no sucede aquí donde la actora no es beneficiaria del régimen de transición (edad y semanas cotizadas); además que se está en presencia de un error de derecho (la ignorancia de la ley no sirve de excusa) y por ello no se genera nulidad; evidenciándose también un consentimiento tácito de la demandante por su larga permanencia en el RAIS.

PORVENIR S.A; porque el diligenciamiento del formulario de afiliación se llevó a cabo en debida forma, conforme a la normatividad vigente, no habiendo probado la demandante, que era la que soportaba la carga de la prueba, el vicio en el consentimiento al momento del traslado, ni que tuviera una expectativa legítima para pensionarse, situaciones que hacen inaplicable la jurisprudencia citada por el Juzgado; además que era imposible la elaboración de una proyección pensional para la demandante porque le faltaban más de 23 años para adquirir el derecho; a lo que se suma que la actora se encuentra incurso en la prohibición legal de trasladarse de régimen prevista en la ley 797 de 2003; no compartiéndose, por tanto, la manifestación del despacho que la afiliación se realizó sólo por un aspecto comercial ya que los dos regímenes coexisten y no son excluyentes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la apoderada de COLPENSIONES solicitó se le absuelva de las pretensiones de la demanda, dado que la demandante se encuentra incurso en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003 para

trasladarse de régimen, gozando su afiliación de plena validez. Entre tanto, la apoderada de PORVENIR S.A insistió en la revocatoria del fallo por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado, pues éste se hizo de manera libre, voluntaria y consiente, brindándose la información necesaria en su momento que no requería que se le desanimara pues correspondía a la información prevista en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, sin que en ningún caso deban devolverse las sumas destinadas a gastos de administración o seguros previsionales.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable

declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de

tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 104 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A diligenciado con fecha del 12 de mayo de 1998, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también y se corrobora con el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fls 105-108).

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

inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLPATRIA 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 RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa al Fondo de Pensiones Colpatria hoy PORVENIR S.A., el 12 de mayo de 1998 con efectividad el 25 de febrero de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso, sin que la permanencia en el fondo tenga la consecuencia de validar la afiliación.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede la apodera de COLPENSIONES la imposibilidad de la demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

DE LAS COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas ante la decisión desfavorable de sus recursos. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2018 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por GLORIA MERCEDES CARRASCO RAMIREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho de esta instancia para cada una de ellas la suma de \$908.526.00 pesos. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

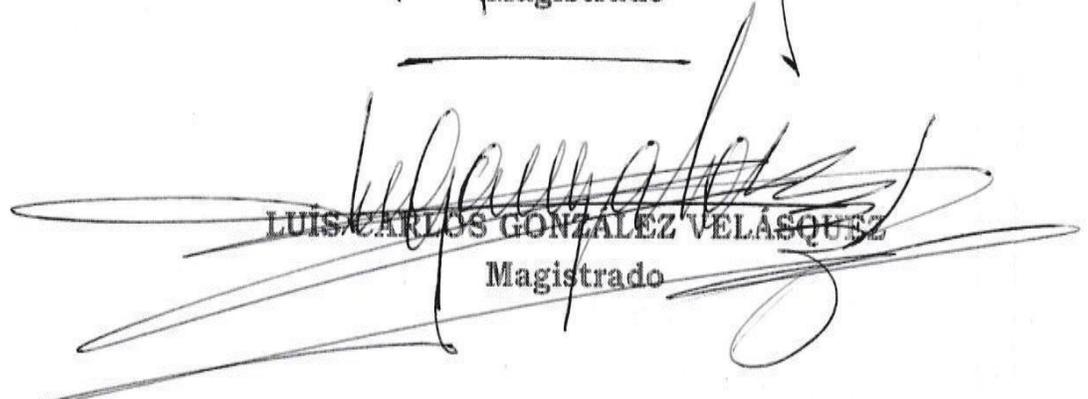
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105023201600404-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de enero de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A contra la sentencia de primera instancia proferida el 11 de diciembre de 2018 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARENA DEL SOCORRO MANZANO RAMÍREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.**, con la vinculación de **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS como apoderada principal y representante legal de la sociedad NAVARRO ROSAS ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S y como abogada sustituta a la doctora MARÍA CLAUDIA TOBITO MONTERO, identificadas conforme obra en los poderes de folios 197-200 y 205-217, para que actúen en nombre y representación de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

MARENA DEL SOCORRO MANZANO RAMÍREZ, pretende se declare la ineficacia del traslado del régimen de prima media realizado al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia sea condenada a trasladar todos los aportes efectuados a

COLPENSIONES quien a su vez deberá reconocerla como afiliada, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que comenzó a prestar sus servicios con la Contraloría General de la República el 10 de junio de 1988, encontrándose desde entonces vinculada al RPMPD administrado por el ISS, hasta el 31 de enero de 2001, pues a partir del día siguiente se hizo efectiva la afiliación al RAIS que realizó el 18 de diciembre de 2000 a través de COLFONDOS S.A., pero posteriormente, con ocasión de la fusión entre dicha sociedad y PROTECCIÓN S.A. pasó a esta última a partir del 31 de diciembre de 2012; al momento de su traslado al RAIS no se le informó sobre las consecuencias del cambio de régimen ya que los asesores no le hicieron ninguna proyección de su pensión ni le informaron de las ventajas; y aunque solicitó el retorno al RPMPD sus peticiones le han sido negadas. (Fls 4-37)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. así como la vinculada COLFONDOS 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 constarles o no ser ciertos, salvo los relacionados con la afiliación a cada una de ellas y las solicitudes a ellas elevadas.

COLPENSIONES propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica (fls 89-107)

PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción y la genérica (fls 117-119).

COLFONDOS S.A propuso las excepciones de inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción y caducidad, buena fe y la genérica (fls 175-179).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de diciembre de 2018, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad de la afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A y por ende a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A; condenó a COLFONDOS S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido entre el 1° de

febrero de 2001 y el 1° de febrero de 2003 con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, 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 nulidad, autorizando efectuar el descuento del dinero que se transfirió a PROTECCIÓN S.A con ocasión del traslado de fondo solicitado por la demandante el 1° de febrero de 2003; condenó a PROTECCIÓN S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido entre el 1° de febrero de 2001 y el 1° de febrero de 2003 con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, 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 nulidad; declaró que para efectos pensionales la demandante se encuentra afiliada al RPMPD administrado en su momento por el extinto ISS hoy COLPENSIONES ; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLFONDOS S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las partes interpusieron recursos de apelación así:

COLFONDOS S.A.: Para que se revoquen los numerales 1°, 2°, 5° y 6°, porque no hay lugar a la inversión de la carga de la prueba la cual se presenta para los beneficiarios del régimen de transición conforme la jurisprudencia citada, y por ello la demandante tenía que probar el vicio del consentimiento, además, porque para la fecha en que el traslado se realizó no estaba el fondo en la obligación de realizar cálculos o proyecciones, sobre todo cuando ni siquiera tenía una expectativa legítima la demandante; y en cuanto a la devolución de dineros a COLPENSIONES de los recursos de la actora, porque dichos dineros se remitieron a PROTECCIÓN S.A, cuando ésta se trasladó de fondo, por lo que se debieron declarar probadas las excepciones planteadas.

COLPENSIONES: Para que se revoque la providencia teniendo en cuenta la sentencia SU 130/13, solo es procedente el regreso de la demandante al RPMPD si cuenta con 750 de cotización, presupuesto que no reúne la actora. Así mismo, porque al momento de su traslado de régimen no era necesaria la realización de proyección alguna, y en todo caso no se evidencia la existencia de algún vicio en el consentimiento.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la apoderada de COLPENSIONES insistió en la revocatoria del fallo recurrido, pues no era dable la inversión de la carga de la prueba respecto de la información brindada al momento del traslado de régimen, y en todo caso COLFONDOS le efectuó una proyección de su mesada pensional en el año 2000, acreditándose con ello la voluntad de la demandante de que su mesada pensional estuviera regida por las características del RAIS, advirtiéndose que lo que aquí se presentó fue un error de derecho que no vicia el consentimiento.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, la carga de la prueba de la información brindada al momento del traslado de régimen y si era presupuesto para que la misma se invirtiera la condición de beneficiaria del régimen de transición, y si COLFONDOS S.A está en la obligación de devolver a COLPENSIONES alguna suma de la cuenta de la demandante mientras ésta fue su afiliada, lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la

*aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 180 obra certificado expedido por COLFONDOS S.A en el que hace constar que la demandante se afilió a ese fondo el 18 de diciembre de 2000 con fecha de efectividad a partir del 1º de febrero de 2001; luego de lo cual se trasladó a ING PROTECCIÓN el 12 de diciembre de 2002, validada y aprobada el 17 de enero de 2003, con el consecuente traslado de los aportes el 17 de febrero y el 20 de octubre de 2003, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folios 133 y 181, son prueba de que en principio el traslado se realizó de forma correcta, pese a la ausencia de formulario.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARENA DEL SOCORRO MANZANO RAMIREZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada a COLFONDOS S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa el 18 de abril de 2000 con efectividad el 1° de febrero de 2001, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, sin que el traslado a ING que se verificó el 1° de febrero de 2003 o el realizado a PROTECCIÓN S.A el 31 de diciembre de 2012 (fl 43) que es el último fondo al que se encuentra afiliada, validara el inicial, máxime cuando dicho traslado entre fondos no fue materia de reparo alguno produciendo plenos efectos, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener COLPENSIONES la imposibilidad de la demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por no contar la afiliada con más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, o no satisfacer los presupuestos señalados en la sentencia su 10/2013.

DE LA DEVOLUCIÓN QUE COLFONDOS S.A DEBE REALIZAR A COLPENSIONES POR VIRTUD DE LA NULIDAD DEL TRASLADO

Se duele la apoderada de COLFONDOS S.A de la orden impuesta en primera instancia para que gire a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido entre el 1° de febrero de 2001 y el 1° de febrero de 2003 con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, 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 nulidad, pese a que allí se le autorizó efectuar el descuento del dinero que transfirió a PROTECCIÓN S.A con ocasión del traslado de fondo solicitado por la demandante el 1° de febrero de 2003; reproche que resulta a todas luces válido si se tiene en cuenta que una vez materializado el traslado de esa AFP a otro fondo dejó de administrar los dineros que la actora poseía en la cuenta, y por tal razón ninguna obligación de devolución recae en su contra, máxime cuando dentro del informativo se halla demostrado que realizó las transferencias correspondientes a ING PROTECCIÓN los días 17 de febrero de 2003 y 20 de octubre de 2003 (fl 180), sin que tal información hubiera sido desvirtuada por dicho fondo.

Bajo tal entendido, habrá de revocarse en su integridad el ordinal segundo de la sentencia apelada que la condenó a realizar la referida devolución, circunstancia que de ninguna manera incide en la prosperidad de las excepciones por ella planteadas como tampoco en la condena en costas impuestas en primera instancia.

Se condenará en costas de esta instancia a COLPENSIONES por haber resultado desfavorable su recurso, no así respecto de COLFONDOS S.A ante la prosperidad parcial de su petición. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el día 11 de diciembre de 2018 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARENA DEL SOCORRO MANZANO RAMÍREZ en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A., con vinculación de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

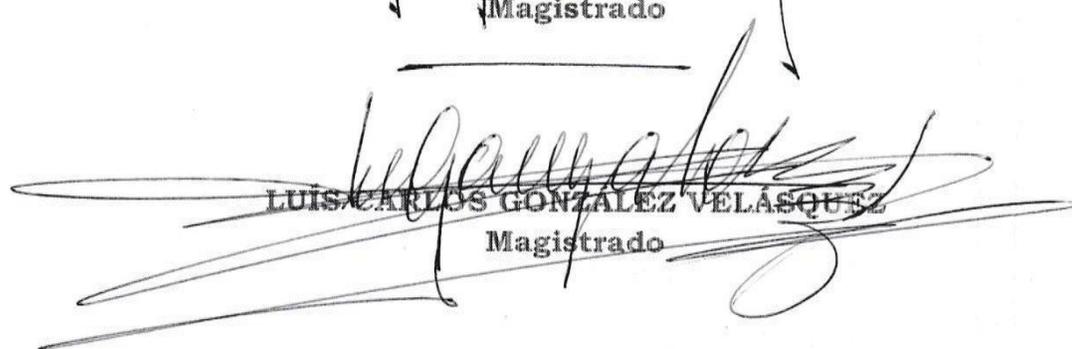
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105030201700511-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de enero de 2021 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 21 de enero de 2019 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LORENCITA SANTAMARIA GAMBOA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Doctora JOHANNA ANDREA SANDOVAL CC. No. 38.551.125 de Cali (Valle) y como apoderada sustituta a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional - Santander T.P. No.221.228 del C. S. de la J en los términos y para los efectos del poder allegado junto con el escrito de alegatos.

ANTECEDENTES

LORENCITA SANTAMARIA GAMBOA, pretende que previa declaratoria de la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS se condene a las AFPs COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A a trasladar todos los valores de aportes obligatorios y los rendimientos que posee en su cuenta de ahorro individual al RPMPD administrado por COLPENSIONES, quien deberá recibir los anteriores valores, previa verificación satisfactoria de la integridad de los aportes efectuados al RAIS sin deducción alguna por

parte de los fondos, con la correspondiente actualización de su historia laboral, condenando a las demandadas a la liquidación y pago de los derechos laborales a que haya lugar, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 26 de enero de 1962; se afilió al ISS el 1° de enero de 1983; el 27 de noviembre de 2000 firmó formulario de afiliación para traslado al RAIS sin ser informada para tomar una decisión autónoma y consciente de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema, modalidades de pensión y posibilidad de retracto, indicándosele que podía pensionarse a cualquier edad y con una mesada pensional superior a la del régimen de prima media; información que igualmente omitió PROTECCIÓN S.A cuando se trasladó a ese fondo el 1° de septiembre de 2004; por lo anterior ELEVÓ SENDAS SOLICITUDES para que se le ilustrara sobre los montos que recibiría y éste comparado en los regímenes, optando así por solicitar el 26 de mayo de 2017 a COLPENSIONES la anulación del formulario de afiliación al RAIS por serle evidentemente más favorable. (fls 90-114 y reforma 241-270).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación a cada uno de ellos y las solicitudes elevadas junto con las respuestas brindadas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES (fls 123-130 y contestación a la reforma 277 a 286), propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A (fls 180-193), propuso las excepciones denominadas validez de la afiliación a Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica.

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS (fls 198-227 y contestación a la reforma 287 a 320), planteó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de enero de 2019, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad de la afiliación de la actora al RAIS administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS

materializado el 1° de enero de 2001; condenó a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores representados en los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto a los rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció la filiada en el RAIS causado desde el 1° de enero de 2001 a 31 de agosto de 2004; ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorros individual de la demandante , actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPMPD; declaró no probadas las excepciones planteadas; y condenó en costas a COLFONDOS S.A y a PROTECCIÓN S.A en la suma de \$3.000.000 a cargo de cada una de ellas, absolviendo a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de COLFONDOS S.A interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad y en su lugar se profiera decisión absolutoria, con el argumento de que no se presentó prueba alguna respecto del error y el dolo, contrario a lo indicado por el A quo, sin que el dolo se presuma, debiendo ser probado por quien lo alega conforme el artículo 167 del CGP, sin que pueda invertirse la carga de la prueba, no guardando la jurisprudencia referida en el fallo similitud con este caso. Además el hecho de que la asesoría hubiese sido de manera verbal no le quita ese carácter de asesoría y de todas maneras cuando la demandante se afilió no tenía una expectativa legítima de pensionarse por lo que no se puede hablar de engaño ya que no se podía establecer cuál era más ventajosa evidenciándose por tanto un error de derecho y no de hecho, lo que no es un vicio del consentimiento; y finalmente, porque de accederse a la nulidad debió declararse la prescripción ya que lo que se procura es el mayor valor de la pensión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal el apoderado de la parte demandante insistió en la confirmación de la sentencia de primera instancia en la medida que ninguno de los fondos demostró haber brindado la asesoría debida ni al momento del traslado de régimen ni con posterioridad. Entre tanto la apoderada de COLPENSIONES sustentó s solicitud de revocatoria del fallo indicando que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante la señora LORENCITA SANTAMARIA GAMBOA y la AFP PROTECCION S.A. toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad

de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual, lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en particular lo concerniente con la carga de la prueba, si se debía o no la filada contar con una expectativa legítima de pensión y si hay lugar a declarar la prescripción, ello en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

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

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

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

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

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

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, esto 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 parte actora.

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

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta

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

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

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

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

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir,

mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que a folios 38, 228 y 321 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado con fecha del 27 de noviembre de 2000 y que según certificado de folio 238 se hizo efectivo el 1° de enero de 2001, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha. Así mismo se recibió el interrogatorio de parte de las doctoras Olga Viviana Hernández Téllez y María Daniela Riviera Tarquino en representación de los fondos demandados PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A, respectivamente, y el de la demandante, coincidiendo las primeras dos en que no estuvieron presentes al momento de la asesoría, no obstante consideran que le fue suministrada a la afiliada toda la información debida relacionada con el traslado; y en cuanto a la promotora de esta actuación lo que indicó es que fue a asesora quien diligenció el formulario, aceptando que la información que se le brindó consistió en que debía constituir un capital el cual se obtenía haciendo aportes, que podía hacer aportes voluntarios y obligatorios, que el ISS se iba a acabar y que en el fondo podía tener el mismo monto pensional o superior al del ISS, sin realizar más indagaciones pues en la publicidad se indicaba que se garantizaban las pensiones similares a las del ISS, comentando que se trasladó de COLFONDOS a PROTECCIÓN porque se le dijo que se le prestaría un mejor servicio al cliente, sin que se le hiciera ninguna proyección pensional.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la parte demandante de una forma expedita, aun cuando COLFONDOS S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LORENCITA SANTAMARIA GAMBOA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A el 27 de noviembre de 2000 con efectividad a partir del 1º de enero de 2001 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, sin que el traslado a PROTECCIÓN S.A que se verificó el 1º de septiembre de 2004 (fl 197) que es el último fondo al que se encuentra afiliada, validara el inicial, máxime cuando dicho traslado entre fondos no fue materia de reparo alguno, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

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.

Se condenará en costas de esta instancia a la demandada COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS en favor de la parte demandante, atendiendo los resultados del recurso. Las de primera instancia se confirman.

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

República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 21 de enero de 2019 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LORENCITA SANTAMARIA GAMBOA en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

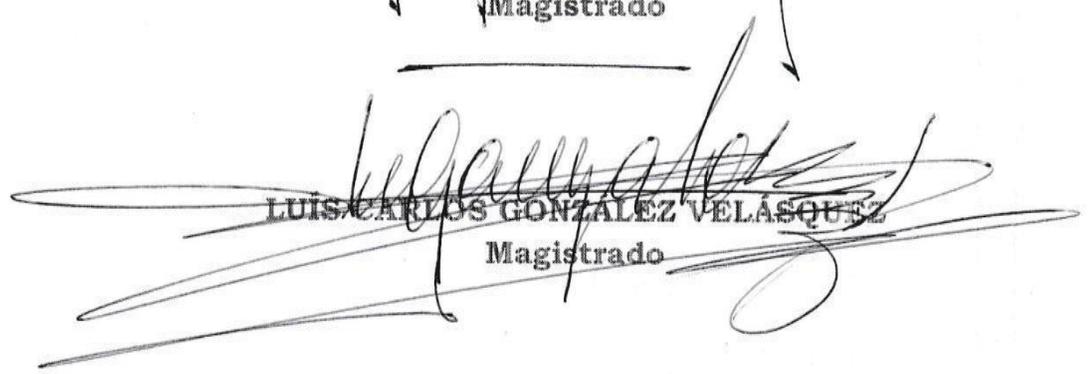
SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS. Fijense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 pesos. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 11001310501820170534-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de enero de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 6 de diciembre de 2018 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora PATRICIA DEL SOCORRO GAVIRIA MUÑOZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CENSATIAS; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA JULIANA MEJIA GIRALDO quien obra en nombre y representación de la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S y como apoderada sustituta a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 222 vto. a 226).

ANTECEDENTES

PATRICIA DEL SOCORRO GAVIRIA MUÑOZ, pretende que se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó el 26 de marzo 1996 al RAIS administrado por CITI COLFONDOS y, como consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros

que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro, quien a su vez deberá recibirla sin solución de continuidad y corregir la historia laboral, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 15 de marzo de 1958; se afilió al ISS el 18 de noviembre de 1994, es beneficiaria del régimen de transición; se trasladó el 26 de marzo de 1996 a COLFONDOS S.A sin que le fuera suministrada información suficiente; ha cotizado al RAIS 1097 semanas; y las solicitudes de nulidad de traslado le fueron resueltas desfavorablemente. (fls 3-17)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, improcedencia de la declaratoria de nulidad del contrato de traslado pretendida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls 94-109)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento. (fls 135-155)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de diciembre de 2018, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar que la actora se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES y en consecuencia, se sirva adelantar todas las gestiones administrativas necesarias para que la AFP COLFONDOS S.A realice el traslado efectivo de todos los ahorros y rendimientos que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante; ordenó a la AFP COLFONDOS S.A a fin de que desafilie a la actora al fondo de pensiones quien debe realizar las gestiones pertinentes a que haya lugar a fin de

trasladar todos los ahorros y rendimientos que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual de la accionante a COLPENSIONES; condenó en costas a la parte vencida COLFONDOS S.A, en la suma de \$1.500.000 y a COLPENSIONES en la suma de \$500.000.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la apoderada de COLPENSIONES solicitó se le absuelva de las pretensiones de la demanda dado que la demandante se encuentra incurso en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen, además que su afiliación goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse. Entre tanto, el apoderado de la parte demandante insistió en la confirmación del fallo ante la ausencia del fondo de brindar una información clara y completa al momento del traslado de régimen.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 48 y 156 consta certificación expedida por COLFONDOS S.A en la que informa que la demandante se encuentra afiliada a dicho fondo desde el 26 de marzo de 1996, fecha de suscripción y con fecha de efectividad 01 de mayo de ese año, encontrándose activa en la cuenta, afiliación igualmente aceptada por COLPENSIONES en el certificado de folio 46 en el que indica que el traslado al fondo de pensiones fue aprobado el 26 de marzo de 1996, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, así mismo, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien aceptó haber firmado el formulario de afiliación y traslado a COLFONDOS S.A porque el asesor que la visitó en su trabajo – Medicina Legal-, le informó que el ISS se iba a acabar y que las pensiones de los empleados públicos se verían afectadas, además, que su pensión en el fondo sería mejor, formulario que no diligenció en su integridad y por ello no comprendió sus consecuencias ya que sólo se le informaron los beneficios, sin que con posterioridad a la suscripción del mismo solicitara asesoría y, pese a que no ha solicitado pensión cuando se acercó a indagar fue informada en 2016 que la misma sería de \$1.100.000.00.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora PATRICIA DEL

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A el 26 de marzo de 1996 con efectividad el 1º de mayo de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso; aun cuando expresamente no haya declarado la nulidad de la afiliación al fondo, lo que impone la adición de tal declaratoria en esta oportunidad.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede la apodera de COLPENSIONES la imposibilidad de la demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

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.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 6 de diciembre de 2018 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por PATRICIA DEL SOCORRO GAVIRIA MUÑOZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD** de la afiliación que efectuó dicha demandante al citado fondo de pensiones el día el 26 de marzo de 1996 con fecha de efectividad 01 de mayo de ese año, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia consultada en todo lo demás.

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

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105020201700576-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de enero de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 7 de febrero 2019 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARGARITA GIRALDO GOMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A**, con la integración de **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada CLAUDIA LILIANA VELA como apoderada principal y representante legal de la sociedad Cal&Naf Abogados SAS y como abogada sustituta a la doctora AMANDA LUCÍA ZAMUDIO VELA, identificadas conforme obra en los poderes de folio 254 a 258, para que actúen en nombre y representación de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

MARGARITA GIRALDO GÓMEZ, pretende que se declare ineficaz o nulo su traslado de régimen realizado el 27 de octubre de 1995 al RAIS administrado por PENSIONES OBLIGATORIAS PENSIONAR S.A, así como

los traslados entre fondos posteriores; y en consecuencia, se condene a las demandadas a trasladar todos los aportes efectuados junto con sus rendimientos a COLPENSIONES quien a su vez deberá reconocerla como afiliada y recibir los valores, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 25 de noviembre de 1961, cotizó al ISS desde el 10 de septiembre de 1980 hasta el 31 de octubre de 1995, se trasladó a PENSIONAR hoy OLD MUTUAL el 27 de octubre de 1995, sin que le fuera suministrada información clara y precisa sobre las consecuencias del cambio de régimen, con fecha del 14 de mayo de 1999 se trasladó a POVENIR S.A, y finalmente se trasladó a COLFONDOS S.A en agosto de 2013, fondos que tampoco le brindaron información verbal o escrita sobre las ventajas y/o desventajas entre los dos regímenes por lo que presentó reclamaciones ante todas ellas. (fls 2-23)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, así como el litis consorcio necesario COLFONDOS 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 la afiliación a cada una de ellas y las reclamaciones elevadas.

COLPENSIONES propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. (fls 73-82)

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de l no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls 107-134)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación a fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fls 150-157)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, bue fe, compensación y pago, obligación exclusivamente a cargo de un tercero, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica y ausencia de vicios del consentimiento (fls 206-223)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de febrero de 2019, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante a PENSIONAR hoy OLD MTUAL el 27 de octubre de 1995, como consecuencia de ello posteriormente el traslado a POVENIR S.A el 14 de mayo de mayo de 1994 y finalmente el traslado a COLFONDOS el 28 de junio de 2013; declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES; ordenó a COLFONDOS devolver la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada, junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES; ordenó a las AFP OLD MUTUAL y PORVENIR S.A que si existiera algún remanente en dichas entidades por concepto de cotizaciones a pensiones realizadas por la demandante las devolvieran junto con los rendimientos financieros causados a COLPENSIONES; y condenó en costas a todas las demandadas en la suma total de 3 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se le absuelva de todas las condenas impuestas conforme las siguientes razones: **1)** la demandante no demostró el vicio del consentimiento y muy por el contrario, existe duda de esa situación ya que con el interrogatorio de parte por ella rendido lo único que se verificó fue su negligencia al no realizar gestión alguna para informarse de su pensión, además que también se presentó contradicción en los testimonios de Nohora Quintero y Nelly Rangel, toda vez que mientras la primera manifestó que cuando el fondo dejó de existir los afiliados pasaron a Skandia, Nelly y la demandante dijeron que habían pasado a Porvenir; **2)** porque se desestabilizaría el sistema financieramente si se accediera al traslado de la actora al RPMPD, al encontrarse incurso en la prohibición de retornar a dicho régimen por faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho pensional y; **3)** porque no debió condenársele en costas al no haber tenido injerencia en el negocio jurídico adelantado entre la actora y los fondos privados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal el apoderado de PORVENIR S.A presentó alegaciones insistiendo que en este asunto no se acreditó la existencia de ningún vicio del consentimiento pues no se probaron ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del C.C, presentándose el formulario de afiliación como demostrativo de que la selección fue libre, espontánea y

sin presiones, por lo que solicitó revocar la sentencia de primera instancia. Por su parte, el apoderado de la demandante petitionó la confirmación de dicha providencia ante la falta de prueba de la información brindada.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición,

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 25 y 135 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a PENSIONAR hoy OLD MUTUAL diligenciado el 27 de octubre de 1995 con fecha de efectividad del 1° de noviembre de ese año, afiliación igualmente aceptada en el certificado expedido por dicha sociedad que consta a folio 139, y es corroborada con la constancia de ASOFONDOS de folios 160 y 161, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, así mismo, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien aceptó haber firmado el formulario de afiliación y traslado a PENSIONAR porque el presidente de la fiduciaria para la cual trabajaba reunió a todos los empleados para que se afiliaran a dicho fondo porque era parte del grupo de esa fiduciaria y por política debían pasarse

al mismo, sin recibir nunca una asesoría pues el formulario estaba diligenciado y solo debía firmarlo y por eso no lo leyó, siendo que el traslado a Porvenir se dio de manera automática una vez se acabó PENSIONAR, momento en el que tampoco se le brindó asesoría sino que se le reiteró que el ISS se iba a acabar, manifestando finalmente no haber solicitado información adicional. Y por último los testimonios de NORA ALBA FORERO SANTAMARIA y NELLY ESPERANZA RANGEL MANTILLA compañeras de trabajo en FIDUCREDITO fueron contestes al precisar que la afiliación a PENSIONAR se produjo luego de la reunión que hizo el presidente de la Fiduciaria y que en efecto el formulario ya estaba diligenciado sin que hubiera hecho presencia ningún asesor al momento de la afiliación.

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

En este punto conviene señalar que la duda o contradicción a la que hizo alusión COLPENSIONES en su recurso respecto de lo dicho en los testimonios, realmente no existió, ello si se tiene en cuenta que en efecto, como lo indicó la señora Nora en su declaración y también lo señaló la demandante al absolver el interrogatorio de parte, el traslado de PENSIONAR a PORVENIR no fue voluntario sino automático como se logra constatar en el historial de vinculaciones expedido por Asofondos que reposa a folio 160.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada OLD MUTUAL -antes PENSIONAR- enseñó de

manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PENSIONAR hoy OLD MUTUAL el 27 de octubre de 1995 con efectividad a partir del 1 de noviembre del mismo año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, sin que el traslado automático a PORVENIR que se verificó el 10 de junio de 1999 (fls 159 y 160) o el realizado a COLFONDOS el 28 de junio de 2013 (fl 225) que es el último fondo al que se encuentra afiliada, validara el inicial, máxime cuando dicho traslado entre fondos no fue materia de reparo alguno, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura la imposibilidad de la demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por no contar la afiliada con más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

DE LA CONDENA EN COSTAS

Habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP¹, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releve de su pago, dado que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus intereses, por lo que no hay lugar a revocar la condena por este concepto, debiendo imponerse costas en esta instancia ante el resultado desfavorable de su recurso.

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

¹ “**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)”

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 7 de febrero de 2019 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por **MARGARITA GIRALDO GOMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A,** con la integración de **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS,** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

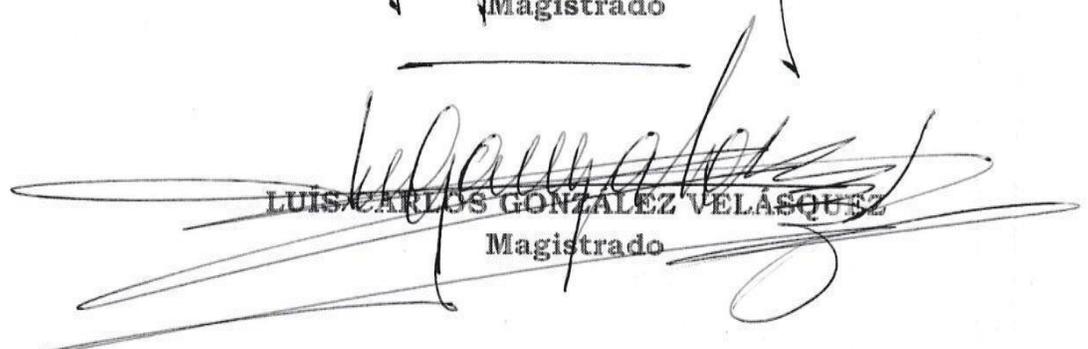
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105037201700712-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de enero de 2021 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 13 de febrero de 2019 por el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA CLAUDIA PATRICIA MORENO MARULANDA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO identificada con la C.C No. 1144041976 de Cali y T.P No. 258258 del CSJ, y a la doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ con CC No. 31.486.436 de Yumbo (Valle) y T.P No. 309.324 del CSJ como apoderada sustituta en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folios 367 a 372 y 375 vuelto; así como al Doctor FRANCISCO JOSÉ MOLANO ACHURY con la CC No. 1.023.929.755 de Btá y T.P No. 285.556 del CSJ como apoderado de COLFONDOS conforme el poder obrante a folio 377.

ANTECEDENTES

MARÍA CLAUDIA PATRICIA MORENO MARULANDA, pretende se declare la nulidad del traslado de régimen realizado el 1 de noviembre de 1998 a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A; y como consecuencia, se le ordene trasladar todos los

aportes efectuados junto con sus rendimientos a COLPENSIONES quien a su vez deberá aceptarla, condenando a las demandadas a la liquidación y pago de los derechos y sanciones laborales a que haya lugar lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 18 de mayo de 1960, estuvo afiliada a CAJANAL hoy administrado por COLPENSIONES, el 1° de noviembre de 1998 se afilió a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, el 11 de junio de 1999 se afilió a la AFP PORVENIR – antes BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A, cuenta con 1.174 semanas cotizadas, nunca recibió asesoría comparativa sobre los dos regímenes, y aun cuando PORVENIR le concedió pensión le manifestó por escrito que no aceptaba dicha mesada pensional y que deseaba seguir cotizando por cuanto la mesada que le sería entregada era irrisoria, obteniendo como respuesta que no era procedente desistir de los pagos pensionales (fls 1-15).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación al RPMPD y el Fondo Privado.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó: el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica (fls 80-83)

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, propuso las excepciones de inexistencia de obligación, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica. (fls 106-127).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN (fls 214-226)

PORVENIR S.A., pretende que se declare que le reconoció pensión de vejez a la demandante desde septiembre de 2017, la cual ha cancelado de manera ininterrumpida y por ello, debe restituir los pagos realizados desde esa fecha hasta la ejecutoria de la sentencia, debidamente indexados, así como las costas de la demanda; y subsidiariamente, al pago de intereses moratorios liquidados con base en las cuantías pagadas por concepto de cada una de las mesadas pensionales percibidas desde la fecha de ejecutoria que así lo ordene.

Fundamentó sus peticiones indicando que la actora se trasladó al RAIS el 11 de junio de 1999 con efectividad a partir del 1 de agosto de ese año, el 14 de junio de 2017 solicitó la pensión de vejez llenado los formularios respectivos y anexando los documentos solicitados, firmando así su historia laboral para la emisión del bono pensional, por lo que el 15 de septiembre de 2017 efectuó el pago de la primera mesada pensional.

CONTESTACION DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN (fls 330-333)

La demandante principal en termino dio contestación a la demanda de reconvencción oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, acepto los hechos relacionados con el traslado de régimen y el reconocimiento pensional y propuso las excepciones de cobro de lo no debido y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de febrero de 2019, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a las demandadas y condenó en costas a la demandante en cuantía de \$100.000^{oo} para cada una de ellas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque, incluida la condena en costas, y en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda, para lo cual solicita tener en cuenta las pruebas obrantes en el expediente, en particular la relacionada con la firma de la historia laboral, ya que la sola suscripción de la misma no supone que hubo una asesoría, no habiendo probado PORVENIR S.A que esa historia laboral fue remitida a la casa de la demandante o que la notificó, de ahí que fue tan grande la ignorancia de aquella que al momento de solicitar la pensión fue que se dio cuenta cuál era la modalidad pensional y no antes, no existiendo entonces ratificación de la voluntad pues si toda la vida se tiene una información errada no se puede sanear, correspondiendo al fondo la carga de la prueba de la debida asesoría, sin que la historia laboral pueda tenerse como asesoría frente a la diferencia entre regímenes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal tanto la apoderada de COLPENSIONES como el apoderado de COLFONDOS presentaron sus alegatos insistiendo en la confirmación de la sentencia de primera instancia por encontrarse inmersa la señora MARIA CLAUDIA PATRICIA MORENO MARULANDA en la

prohibición de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003, además que el traslado al RAIS se efectuó con plena validez pues en el formulario de afiliación se observa que se surtieron las obligaciones de información correspondientes; amén de que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni demostró el dolo para que se perfeccionara la ineficacia del acto jurídico, encontrándose prescrita cualquier acción de una posible nulidad, sin que las sentencias que ordenan el traslado puedan ser aplicadas al presente asunto por no tener similitud fáctica.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso y en caso afirmativo si la llamada a recibirla es COLPENSIONES y si la actora debe devolver las sumas que por concepto de pensión de vejez le ha venido cancelado PORVENIR S.A, debidamente indexadas.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado

por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que a folios 24 y 31 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A diligenciado con fecha del 11 de junio de 1999, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también y se corrobora con la información suministrada por ASOFONDOS (fls 135-153).

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 11 de junio de 1999 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que el hecho de haber firmado el formulario de afiliación o haberle sido reconocida y pagada la pensión de vejez por parte de dicho Fondo, lo validara, omisión que de ninguna manera puede entenderse subsanada con el trámite surtido a fin de reclamar el bono pensional, en virtud del cual se elaboraron las historias laborales que militan a folios 147, 149, 154-155 y 170-172, ya que en ninguno de ellos se hace proyección comparativa de las ventajas o desventajas de la pensión de vejez en los dos regímenes, entre otra información relevante, que luego de serle debidamente suministrada a la demandante permitiera entender que ratificó “tácitamente” su permanencia con el fondo privado aquí demandado; debiéndose por tanto revocar la sentencia de primera instancia que se abstuvo de declarar la nulidad de la afiliación inicial al RAIS.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la parte demandada la imposibilidad de la promotora de esta actuación de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por no contar la afiliada con más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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.

Se condenará en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR SA en favor de la parte

demandante. La absolución de primera instancia se revoca, para en su lugar también imponerlas a cargo de dicha demandada.

DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN- DEVOLUCIÓN Y/O COMPENSACIÓN DE LAS SUMAS PAGADAS POR PORVENIR POR CONCEPTO DE MESADA PENSIONAL.

En vista de la declaratoria de la nulidad de la afiliación al RAIS y dado que su consecuencia es que se retrotraigan las cosas al estado anterior a dicha afiliación, al no ser PORVENIR S.A. la sociedad llamada al reconocimiento y pago de la pensión a la demandante, a todas luces resulta procedente la devolución de las mesadas pensionales que hasta la fecha le ha venido cancelando, razón por la cual se accederá a dicha restitución la cual ha realizarse de manera indexada frente a todos y cada uno de los pagos que por concepto de mesada pensional de vejez ha recibido la señora MORENO MARULANDA desde el mes de septiembre de 2017 y hasta la ejecutoria de esta providencia; entender lo contrario conduciría a un enriquecimiento sin justa por parte de la actora y en detrimento del Fondo demandante en reconvencción, ello de acuerdo a lo previsto en los artículos 2310¹ y 2311² del C.C., en concordancia con el artículo 831³ del C.Cio, aplicables al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPTSS.

Costas de la demanda de reconvencción a cargo de la señora MARIA CLAUDIA PATRICIA MORENO MARULANDA, por resultarle desfavorable.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 13 de febrero de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARÍA CLAUDIA PATRICIA MORENO MARULANDA en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

¹ “El que creyendo hacer su propio negocio hace el de otra persona, tiene derecho para ser reembolsado hasta concurrencia de la utilidad efectiva que hubiere resultado a dicha persona, y que existiere al tiempo de la demanda”

² “El que creyendo hacer el negocio de una persona hace el de otra, tiene respecto de esta los mismo derechos y obligaciones que habría tenido si se hubiese propuesto servir al verdadero interesado”

³ “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro.”

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante MARÍA CLAUDIA PATRICIA MORENO MARULANDA a la LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 11 de junio de 1999, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

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

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

QUINTO: CONDENAR en COSTAS de ambas instancias a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 pesos. Las de primera instancia tásense por el Juzgado.

SEXTO: CONDENAR a la señora MARIA CLAUDIA PATRICIA MORENO MARULANDA, demandada en reconvención, a **DEVOLVER** de manera indexada a PORVENIR S.A., demandante en reconvención, todos y cada uno de los valores que le han sido cancelados por concepto de mesada pensional de vejez desde el mes de septiembre de 2017 y hasta la ejecutoria de esta providencia.

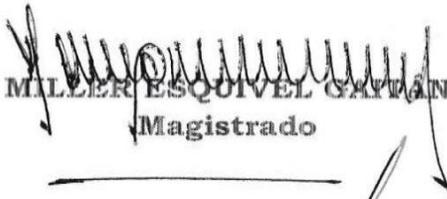
SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS de ambas instancias a la demandada en reconvención. Fijense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 pesos. Las de primera instancia tásense por el Juzgado.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

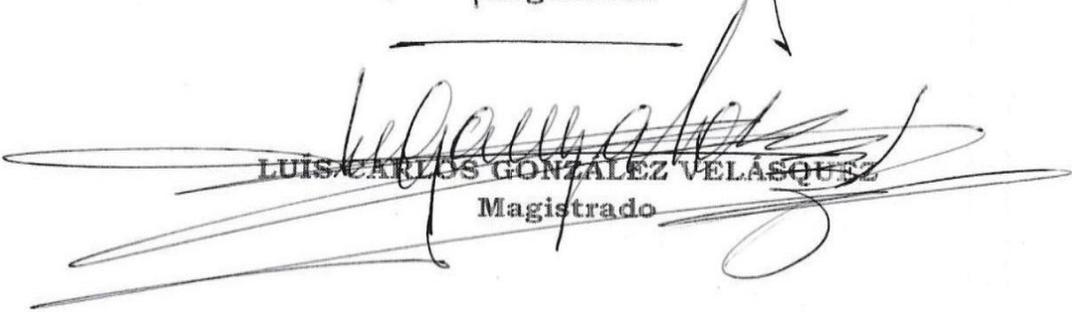
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CATTAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105017201700339-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de enero de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 30 de noviembre de 2018 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **ALBA CONSUELO HERRERA CABRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA identificada con la C.C No. 65.701.747 del Espinal -Tol y T.P No. 123.148 del CSJ, y a la doctora YESBY YADIRA LOPEZ RAMOS con CC No. 1.022.947.861 de Btá y T.P No. 285844 del CSJ como apoderada sustituta en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folios 161-164.

ANTECEDENTES

ALBA CONSUELO HERRERA CABRA, pretende que se declare que PENSIONES Y CESANTIAS COLMENA SA hoy ADMINISTRADORA DE FODOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A la asesoró de manera erra para que se trasladara del extinto ISS a ese fondo el 30 de agosto de 1994, y como consecuencia se declare la nulidad de dicho traslado de régimen, ordenando al fondo trasladar al RPMPD los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, como si nunca se hubiera surtido el

traslado; y a COLPENSIONES aceptar su traslado; condenar al pago de lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 26 de enero de 1960; se afilió al ISS el 12 de septiembre de 1984; el 30 de agosto de 1994 por una mala asesoría se trasladó al RAIS administrado por PENSIONES Y CESANTIAS COLMENA S.A hoy ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.; ha cotizado al sistema 1.258 semanas de las cuales 432.43 fueron al RPM y las restantes al RAIS; no fue informada de la posibilidad de regresar al RPMD; sus solicitudes de traslado le fueron negadas; y PROTECCIÓN S.A mediante comunicación del 31 de julio de 2017 realizó proyección de su mesada pensional. (fls 48-74).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas y la genérica (fls 89-101).

FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones que denominó declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la demandada, prescripción y genérica (fls 129-135).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de diciembre de 2018, el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la nulidad del traslado realizado el día 30 de agosto de 1994 por la demandante del RPMPD al RAIS a través del Fondo de Pensiones y Cesantías Colmena S.A hoy PROTECCIÓN S.A; dejó sin efectos la afiliación efectuada por la actora a ese fondo; condenó a PROTECCIÓN S.A a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieran causado; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas al fondo fijando como agencias la suma de 1 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad, pues según el interrogatorio de parte absuelto por la demandante sí se le brindó la información necesaria, es así como tuvo una asesoría que duró entre 30 y 40 minutos , en la que si bien no se le indicaron las ventajas ni se le hizo una proyección pensional sí se le dijeron las características del RAIS, sin que ella hiciera preguntas; y en cuanto al vicio del consentimiento también quedó desvirtuado con dicho interrogatorio, no teniendo la obligación el fondo de hacer una proyección escrita porque la misma tan sólo surgió en el año 2015; además que las sentencias citadas por el juzgado no son aplicables para este caso porque la demandante no era beneficiaria del régimen de transición; y aun en el evento de existir error, el mismo sería de derecho el cual no vicia el consentimiento este último que se ratificó con los 24 años de permanencia en el RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal el apoderado de la parte actora presentó alegaciones en las que insistió en la confirmación de la sentencia apelada porque la demandada no logró demostrar de manera fehaciente e inequívoca que al momento del traslado inicial brindó a la demandante una asesoría pensional completa, integral, panorámica, imparcial y libre de vicios que le permitiera tomar una decisión respecto de su futuro pensional.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de

Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

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

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

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

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 136 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A diligenciado con fecha del 30 de agosto de 1994, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha; así mismo, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien manifestó que inició su afiliación al ISS en 1984, se trasladó a COLMENA en 1994, cuando iniciaron los fondos, se trasladó porque el asesor le indicó que el ISS se iba a acabar y le era favorable pasarse al fondo, la asesoría fue personal, en su oficina, pero muy corta (30 o 40 minutos), simplemente que tenía más beneficios y mejores condiciones en relación

con el ISS, que podía pensionarse antes de completar la edad, la afiliación se hizo en la oficina sin que ella la solicitara, no se realizó ninguna comparación pensional frente al ISS, ni proyección, simplemente que era una cuenta individual en la que tendría rendimientos y que ese monto para el momento de la pensión sería superior por los intereses ganados, y que de pronto le devolverían ese dinero si no se podía pensionar, y la verdad no realizó preguntas, sin que le indicaran que podía hacer aportes voluntarios, no leyendo completo el formulario que firmo, y aunque recibe extractos no los comprende, y tampoco corroboró si el ISS se acabó.

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A el 30 de agosto de 1994 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera

instancia que así lo dispuso, sin que la permanencia en el fondo tenga la consecuencia de validar la afiliación.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede hablarse de convalidación por el hecho de la permanencia de la afiliada al RAIS y menos aún de la imposibilidad de la demandante de retornar al RPMPD con fundamento en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

DE LAS COSTAS

En esta instancia a cargo de COLPENSIONES ante la decisión desfavorable de su recurso. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

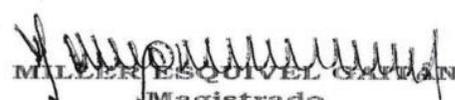
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2018 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ALBA CONSUELO HERRERA CABRA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

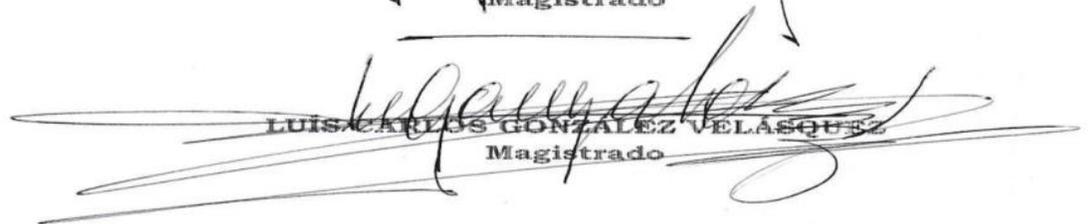
SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Fíjense como agencias en derecho la suma de \$908.526. 00 pesos. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105005201700775-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de enero de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública, para proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 10 de diciembre de 2018 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JUAN DIEGO LEÓN TORO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada DANNIA VANNESA TUSSELY NAVARRO CASAS ROSAS como apoderada principal y representante legal de la sociedad Navarro Rosas Abogados Asociados SAS y como abogada sustituta a la doctora OLGA TERESA RODRÍGUEZ GARCÍA, identificadas conforme obra en los poderes de folio 132 a 137, para que actúen en nombre y representación de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

JUAN DIEGO LEÓN TORO, pretende se declare la nulidad del traslado de régimen realizado SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A; y, en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES

tenerlo entre sus afiliados como si nunca se hubiese trasladado, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que se afilió a PORVENIR S.A el 1° de agosto de 2003, sin que el asesor le brindara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas entre regímenes ni realizó un estudio de su situación particular, y conforme a la simulación elaborada en el año 2017 la pensión que recibirá con el Fondo es menor que la que puede recibir de COLPENSIONES, que entre el 1° de marzo de 197 y el 28 de febrero de 2017 ha cotizado un total de 1334 semanas, y que su petición de nulidad de traslado le fue negada por COLPENSIONES (fls. 2-9).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la afiliación a cada una de ellas, la realización de la simulación y las respuestas a los derechos de petición.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls 57-63)

COLPENSIONES propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica. (fls 85-99)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de diciembre de 2018, el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual realizado por el actor a través de PORVENIR S.A.; por lo que le ordenó a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES el valor de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del actor junto con los rendimientos, frutos e intereses causados, gastos de administración, y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas; y condenó en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de PORVENIR SA interpuso recurso de apelación para que sea revocada en la medida que no se encuentra afectado el acto libre y voluntario de traslado de régimen no habiendo incurrido, por tanto, la AFP en mala fe; además, porque la carga de la prueba de la nulidad de traslado corresponde a quien la alega, que en este caso es el demandante, ya que sólo se traslada a la entidad cuando se es beneficiario del régimen de transición, de ahí que no estaba en la obligación de probar que le brindo la información clara y completa, debiendo probar también la parte actora el perjuicio que dice se le ocasionó con el traslado; y finalmente, porque la permanencia en el Fondo desde 2003 implica una aceptación del traslado y la afiliación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el apoderado de la parte actora presentó sus alegaciones insistiendo en la confirmación del fallo atacado, ya que la demandada no allegó al proceso ningún elemento probatorio que demuestre la calidad de la información brindada al afiliado; Entre tanto, PORVENIR S.A solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen, siendo demostrativo el formulario de afiliación de la selección libre, espontánea y sin presiones, además que no procede de manera automática la declaratoria de ineficacia del traslado.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, particularmente la carga de la prueba de la información brindada al momento del traslado d régimen en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

persona a la seguridad social.

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

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

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

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos,

sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

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

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

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

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

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

“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 13 y 80 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a PORVENIR SA diligenciado el 31 de julio de 2003 con fecha de efectividad del 1º de septiembre de ese año, afiliación igualmente convalidada por esa misma sociedad de pensiones en la relación histórica de movimientos que consta de folios 68 a 78 y la certificación de folio 79, así como también registrada por Asofondos en el certificado expedido que milita a folios 64 y 65, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, así mismo, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien aceptó haber firmado el formulario de afiliación y traslado a PORVENIR, aclarando que ese fue el documento que le fue entregado por el funcionario de recursos humanos de Gobernación de Antioquía para posesionarse de un cargo, sin que conozca al asesor que firmó dicho formulario ya que no le fue suministrado por éste así como

ninguna asesoría, y cuando en el año 2008 solicitó su traslado de régimen se le negó con el argumento de contar con menos de 10 años para pensionarse, habiendo sido tan sólo en el año 2017 cuando PORVENIR S.A le realizó la proyección de las pensiones en los dos regímenes por petición suya.

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 31 de julio de 2003 con efectividad a partir del 1 de septiembre del mismo año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A., y las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 10 de diciembre de 2018 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por JUAN DIEGO LEÓN TORO en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

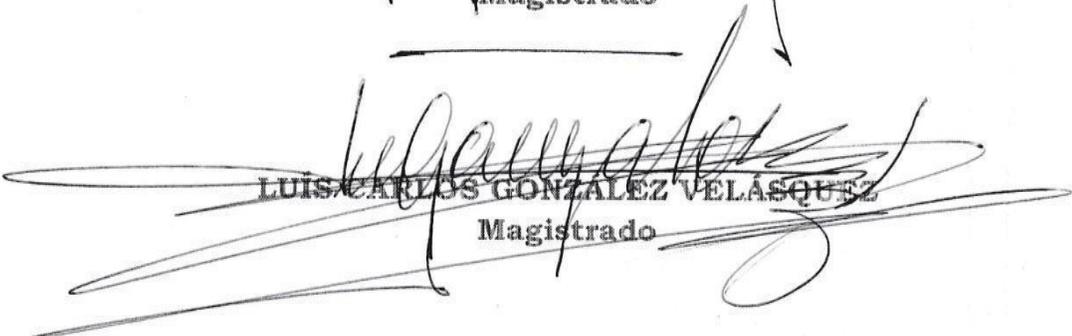
SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Fíjese en esta instancia como agencia derecho la suma de \$908.526.00 en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado