



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

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105017201800033-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de febrero 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 19 de junio de 2019 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **DIANA JANETH CASTAÑEDA MAHECHA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ con CC No. 31.486.436 de Yumbo (Valle) y T.P No. 303.924 del CSJ como apoderada sustituta de COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folio 161vto.

ANTECEDENTES

DIANA JANETH CASTAÑEDA MAHECHA, pretende que se declare la ineficacia del traslado de su vinculación al RAIS con la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia, se condene a dicho fondo a trasladarla junto con su saldo y rendimientos al RPMPD administrado por COLPENSIONES, y a éste último a recibirla y mantenerla como afiliada desde el 11 de septiembre de 1986;

y que se condene a las demandadas al pago de lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 3 de septiembre de 1960, se afilió al RPMPD el 11 de septiembre de 1986, se trasladó al RAIS el 22 de septiembre de 1994 a través de PROTECCIÓN S.A., quien la indujo en error pues no le informó cuál sería el capital necesario para financiar su pensión, los requisitos para la pensión mínima, la devolución de saldos, la tasa de reemplazó, ni le realizó un cálculo de la posible pensión, y en general no le suministró de manera clara y precisa las características de las modalidades pensionales, entre otros aspectos, por lo que elevó solicitudes a las demandadas para que se declarara la nulidad de su traslado obteniendo únicamente respuesta de COLPENSIONES quien la negó. (Fls 3-20).

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 actora, su afiliación al ISS y a PROTECCIÓN S.A., así como las solicitudes elevadas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 68-85).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones que denominó como validez de la afiliación al RAIS con PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica. (fls 98-107)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de junio de 2019 el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por las demandadas; declarar que la vinculación de la demandante al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A fue ineficaz y por consiguiente no produjo efecto jurídico alguno; declarar que la demandante se encuentra legalmente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES y que esa entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación sin solución de continuidad; ordenar a PROTECCIÓN S.A

como fondo actual al cual se encuentra afiliada la demandante, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su vinculación, como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar con sus frutos e intereses tal y como lo dispone el artículo 1746 del C.C; ordenar a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos a favor de la demandante y convalidarlos en su historia laboral; y condenar en costas a PROTECCIÓN S.A y a COLPENSIONES incluyendo como agencias en derecho el valor de \$800.000.oo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque en su integridad, toda vez que en la actuación procesal no se probó que a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP ante la falta del deber de información o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), ni que la actora hubiera dejado alguna nota en su solicitud de protesto que permita inferir que hubo una inconformidad por parte de la demandante, y por el contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y allí se constata que fueron suscritas de manera libre y voluntaria sin coacción alguna; así mismo, porque en este caso la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU062/10 y la ley 797 de 2003 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo, por cuanto excedía el término allí previsto, esto es, antes de que le faltaran 10 años para adquirir la edad de 57 años; y además, porque no había lugar a condenarla en costas por ser una entidad de derecho público que no podía deliberadamente reconocerle derechos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal COLPENSIONES solicitó que se le absuelva de todas las pretensiones insistiendo en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición para retornar al RPMPD según lo establecido en la Ley 797 de 2003, y por tanto su traslado al RAIS es válido y eficaz, sin que además hubiera demostrado un vicio en el consentimiento.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la

misma, **ii)** si la demandante se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMD al haber efectuado la solicitud cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir los 57 años de edad y **iii)** si COLPENSIONES está obligada al pago de costas, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde 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 109 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 22 de septiembre de 1994, con fecha de efectividad del 1° de octubre de ese año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también y se corrobora con la historia laboral elaborada por ese fondo (fls. 114-118) y el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 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 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 DIANA JANETH CASTAÑEDA MAHECHA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PROTECCIÓN S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el 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 en su momento ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A diligenciada el 22 de septiembre de 1994, con fecha de efectividad del 1° de octubre 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, sin que la proyección realizada en el año 2007 (fls 111 a 113) tenga la entidad de subsanar la nulidad presentada al momento de la afiliación, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”* 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, así como en los parámetros fijados en la sentencia SU062/10, por no contar la afiliada con más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de junio de 2019 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por DIANA JANETH CASTAÑEDA MAHECHA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

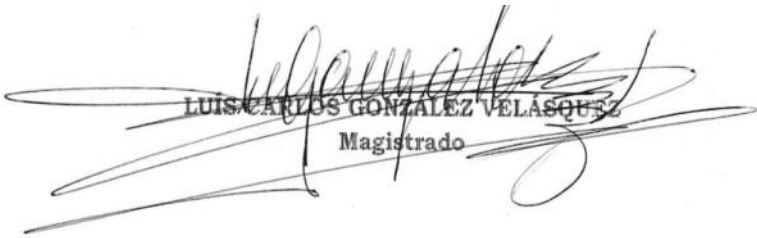
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

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. (...)”


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. 11001310500820180164-01**

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de febrero 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 julio de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALEJANDRA MURCIA PAEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A PENSIONES Y CESANTIAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la abogada JOHANNA ANDREA SANDOVAL -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 198 vto. a 205, en donde se encuentran plenamente identificadas.

ANTECEDENTES

ALEJANDRA MURCIA PAEZ, pretende se declare la nulidad de la afiliación 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, se le condene a trasladar todo el capital acumulado junto con sus rendimientos,

gastos de administración y demás a COLPENSIONES, por encontrarse válidamente afiliada a dicha administradora quien a su vez deberá reconocerla como afiliada, lo que resulte ultra y extra petita y las costas. Subsidiariamente solicita que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y así quede registrado en el sistema de información.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 7 de abril de 1964; cotizó a CAJANAL del 10 de agosto de 1988 al 10 de febrero de 1989, a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN DEL DISTRITO CPSD del 19 de mayo de 1989 al 15 de febrero de 1990 y del 28 de febrero de 1990 al 7 de noviembre de 1994; entre noviembre de 1994 y mayo de 2003 no efectuó aportes a ninguna entidad; en mayo de 2003 se afilió a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., quien no le informó la naturaleza y características del RAIS indicándole simplemente que era lo mejor que había en el mercado y tampoco le explicó las condiciones y requisitos legales que debería cumplir para pensionarse o ventajas y desventajas, entre otros aspectos importantes; a la fecha cuenta con más de 1.050 semanas cotizadas; y sus solicitudes de anulación de la afiliación que elevó ante las demandadas le fueron resueltas desfavorablemente. (fls 2-19 y subsanación fls 85-102)

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 la edad y las solicitudes a ellas elevadas.

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (fls 116-121)

PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica (fls 132-145).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de julio de 2019, el Juzgado Octavo 8 Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones, declaró probada la excepción de buena fe propuesta por COLPENSIONES así como la de buena fe, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir propuestas por PROTECCIÓN S.A y se abstuvo de condenar en costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación para que sea revocada al no compartir la tesis planteada por la A quo, porque la única administradora actual del RPMPD es COLPENSIONES y por eso es ella quien tiene que aceptar el traslado del RAIS, ya que la demandante tuvo unas vinculaciones con cajas del sector público como la Caja de Previsión Social del Distrito de Bogotá y de conformidad con los Arts 52 de la Ley 100/93 y 34 del Decreto 692/94, las administradoras del RAIS deben devolver a sus afiliados a las cajas siempre y cuando estas subsistan, siendo que el Decreto 813/94 señaló que es al ISS al que le corresponde el reconocimiento cuando se da la liquidación de la Caja a la que se encontraba el afiliado, como es el caso de la aquí demandante donde la empresa ya está liquidada; además que el Decreto 1068/95 prohibió la creación de los fondos territoriales y el pago de las pensiones que estaban a su cargo, de ahí que sea a COLPENSIONES a quien le corresponda estudiar de fondo la solicitud de retorno al régimen a pesar de no haber tenido nunca una afiliación con ella. Aclarado lo anterior, como sí es procedente el traslado toda vez que no le explicaron a la afiliada, al momento de su afiliación al RAIS, la naturaleza, los requisitos ni las diferencias para pensionarse entre los distintos regímenes, no estamos frente a una afiliación libre y voluntaria al no demostrar el fondo que brindó la información suficiente, aunado a que desconoció que el hecho de que la demandante tuvo una sola afiliación al sistema pero dejó de cotizar por un periodo, sin que le hubieran preguntado por su historia laboral.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicitó la confirmación del fallo de primera instancia porque la actora no demostró en ningún momento un vicio en el consentimiento y por ello no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, evidenciándose con el diligenciamiento del formulario que los asesores de la AFP PROTECCIÓN le manifestaron de manera clara y detallada la totalidad de las condiciones propias del traslado. A su vez, la parte actora insistió en la revocatoria de la sentencia considerando que las demandadas no probaron la idoneidad del asesor ni de la información brindada al momento del traslado de régimen, razón por la cual es procedente la declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS y con ella el retornó al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES, si se tiene en cuenta que dicha entidad asumió las obligaciones de la Caja de Previsión Social del Distrito a la que se encontraba afiliada la demandante antes de su 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 de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en la el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo, 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 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 35, 146 y 157 obra copia del formulario de afiliación a PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER diligenciado el 28 de mayo de 2003 con efectividad a partir del 1° de junio de 2003, el que una vez cotejado con el certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Hacienda que consta de folios 21 a 34, 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, al Régimen de Ahorro Individual - PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER, lo que allí se hizo constar es que era una **“vinculación inicial”**, desconociendo con ello la afiliación vigente al sistema que detentaba con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma ley 100 de 1993, 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 de la actora, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen y no de vinculación inicial, tal y como se aprecia en la siguiente imagen parcial del citado formulario.

Formulario de afiliación a Pensiones y Cesantías Santander, número 6305879. El formulario indica una vinculación inicial al fondo obligatorio de pensiones y/o cesantías, con fecha de solicitud 2003/05/28 y fecha de vigencia 2003/06/01. Se menciona el traslado de la afiliación de la entidad anterior.

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 SANTADER hoy 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 ALEJANDRA MURCIA PAEZ 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 SANTANDER hoy PROTECCION S.A el 28 de mayo de 2003 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, debiéndose por tanto revocar la sentencia de primera instancia que se abstuvo de declarar la nulidad de la afiliación inicial al RAIS.

En este punto conviene indicar que si bien es cierto el último fondo al cual estuvo afiliada la actora en el RPMPD antes de su traslado al RAIS fue la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DEL DISTRITO, toda vez que desde el mes de noviembre de 1994 y hasta la actualidad no cuenta con vínculo laboral con el Distrito como servidora pública, no es dable disponer su retorno a dicho Fondo sino a COLPENSIONES¹, en la medida que de no haberse

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, algunas cajas quedaron temporalmente habilitadas 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 ordenó y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al

producido su traslado al RAIS sería la entidad administradora del RPMPD a la que estuviera realizando las cotizaciones.

En efecto, si bien con la expedición de Ley 100 de 1993 se preservaron los derechos adquiridos y se estableció un régimen de fondos departamentales y municipales de pensiones públicas que sustituyera en el pago de las pensiones a cargo de las cajas o fondos pensionales públicos del respectivo nivel territorial, ellos continúan reconociendo las prestaciones económicas que les compete <<Pensión de Vejez con Transición (Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985, Ley 71 de 1982), o pensión de vejez sin transición, pensión de sobrevivientes y pensión de invalidez, indemnizaciones sustitutivas de I.V.M, auxilio funerario, pago a herederos, cesantías (Ley 797 de 2003)>>, a quienes mantienen las condiciones laborales requeridas para su afiliación y/o permanencia, o detentan derechos adquiridos bajo ese contexto; no siendo la situación actual de la señora ALEJANDRA MURCIA.

Para el caso de Bogotá las pensiones venían siendo reconocidas por la Caja de Previsión del Distrito de Bogotá, en la que estaban afiliados **“los servidores públicos de Bogotá”** a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, declarándose con posterioridad su insolvencia para administrar el Sistema General de Pensiones y creándose el Fondo de Pensiones Públicas de Santa Fe de Bogotá D.C para pagar las obligaciones pensionales de dicha Caja, asignándosele luego a FAVIDI algunas funciones en materia pensional, de ahí que cuando éste se transformó en FONCEP, se estableció en su objeto **“reconocer y pagar las cesantías y las obligaciones pensionales a cargo del Distrito Capital”**², asumiendo de esa manera la administración del Fondo de Pensiones Públicas de Bogotá, efectuado el reconocimiento y pago de prestaciones con recursos que son administrados mediante un patrimonio autónomo³ que puede ser administrado por sociedades administradores de fondos de pensiones o sociedades fiduciarias sometidas a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera, o por consorcios o uniones temporales constituidos por este tipo de entidades⁴.

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

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES.

² Creada mediante el Acuerdo 35 de 1933 del Concejo de Bogotá.

³ Inciso 4º del Artículo 6º de la Ley 549 de 1999, reiterado en el artículo 4º del Decreto Nacional 941 de 2002.

⁴ Decreto Distrital 339 de agosto 25 de 2006

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 revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Se condenará en costas de primera y segunda instancia a PROTECCIÓN S.A PENSIONES Y CESANTIAS. 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 julio de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ALEJANDRA MURCIA PAEZ en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A PENSIONES Y CESANTIAS, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó el demandante ALEJANDRA MURCIA PAEZ a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A PENSIONES Y CESANTIAS, el 28 de mayo de 2003, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – CPSD.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A PENSIONES Y CESANTIAS 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 PROTECCIÓN S.A PENSIONES Y CESANTIAS. Fijese en esta instancia como agencias 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



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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. 110013105013201800197-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de febrero 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.

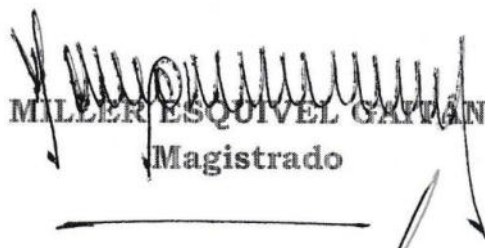
AUTO

Previo a proferir la sentencia, en cuanto a la petición elevada por el apoderado de PROTECCIÓN S.A., al momento de sustentar el recurso de apelación, encaminada a que de manera oficiosa, en esta instancia, se soliciten los documentos sobre las asesorías suministradas por ese fondo a la demandante, en particular, las de reafiliación o la relacionada con el valor de los aportes por ella efectuados y si corresponden al salario devengado, la Sala se abstiene de acceder a decretarla, ya que no se trata de una prueba que habiendo sido decretada oportunamente se hubiera dejado de practicar *“sin culpa de la parte interesada”* como lo prevé el artículo 83 del CPT y SS modificado por el artículo 41 de la Ley 712 de 2001, por lo que al no existir prueba pendiente por practicar diferente a la que conformaba el expediente hasta el momento en que se debía decidir sobre la misma y frente a la que el A quo dispuso el cierre del debate probatorio sin reparo de ninguna de las partes, no hay lugar a decretar ninguna otra que por incuria de la demandada no fuera aportada en la oportunidad procesal correspondiente.

Notifíquese y Cúmplase

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAYTAN
Magistrado



JUAN CARLOS CONTRERAS VELAZQUEZ
Magistrado

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 los apoderados de las demandadas, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 2 de julio de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA DEL ROSARIO CORREA CALA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con la C.C No. 38.551.125 del Valle (Cali) y T.P No. 158.999 del CSJ, y a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37.627.008 de Puente Nacional Santander y T.P No. 221.228 del CSJ como apoderada sustituta en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folios 157 vto. a 165.

ANTECEDENTES

MARÍA DEL ROSARIO CORREA, pretende se declare la nulidad del traslado de régimen realizado a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A; y en consecuencia, sea condenada a trasladar todas las cotizaciones efectuadas junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, y en general los derechos que se demuestren, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 9 de abril de 1966; se afilió al ISS el 2 de febrero de 1984; en el mes de febrero de 1999 se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A, ello luego de la reunión colectiva en la empresa para la cual trabajaba cuyos funcionarios

de ventas le suministraron información errada, en tanto no le indicaron las consecuencias del cambio de régimen ni que con solo el capital ahorrado le alcanzaría para la pensión sino que se necesitaba generar un ahorro voluntario; en una reasesoría PROTECCIÓN S.A le indicó que la pensión con ellos sería de \$897.632 mientras que en el RPMPD sería de \$781.177; y finalmente, pese a que solicitó a COLPENSIONES su traslado a dicha entidad le fue negado. (fls 3-6 y subsanación 29-31)

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 afiliada y las solicitudes de nulidad.

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (fls 43-46)

PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica (fls 70-98)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de julio de 2019, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad de la afiliación de la actora al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., a partir del 1º de febrero de 1999; y como consecuencia de ello, ordenó el traslado de todos los aportes realizados por ella y sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES, quien deberá recibir los mismos y activar la afiliación de la demandante a dicha administradora, teniéndose que para todos los efectos legales la única afiliación válida de ésta al Sistema General de Pensiones es la realizada con COLPENSIONES; y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y en su lugar se les absuelva de todas las pretensiones, ello con base en los siguientes argumentos.

COLPENSIONES, pues si bien es cierto la única condena en su contra fue la de reactivar a la afiliada y recibir los saldos que están depositados en el

RAIS, también lo es que a futuro deberá reconocer la pensión, motivo por el que se ven afectados sus intereses, de ahí que considera que en el proceso sí quedó demostrado que la demandante recibió la información suficiente acerca de las situaciones que se podían presentar en su traslado, al punto que aceptó al absolver interrogatorio de parte que conocía de manera precisa cómo se iba a construir su mesada pensiones y que con los aportes voluntarios podía incrementar su pensión pero fue ella quien decidió no hacerlos, enterándose entonces de las circunstancias que rodeaban su mesada pensional; y aunque la AFP es la que debe demostrar que sí suministró la información, en este caso las circunstancias particulares que rodearon la afiliación no se pueden pasar por alto, sobre todo en todo lo relacionado de cómo se llevó a cabo la vinculación, situaciones que se contradicen entre lo que dijo en su interrogatorio y la documental, como el tema del salario, lo que genera falta de credibilidad en su declaración, la cual por demás, estima que fue inducida por la apoderada de la parte actora con gestos.

PROTECCIÓN S.A., Toda vez que para el caso particular se presentó ausencia de veracidad en lo manifestado por la demandante en el escrito de demanda y en el interrogatorio, estando ante un eventual fraude procesal porque la parte actora aceptó que ha venido realizando los aportes de manera diferencial a los ingresos que tenía y esa situación no fue tomada en cuenta por el Juzgado, siendo las cotizaciones la columna vertebral del derecho pensional, por ello no se puede tratar con el mismo racero todos los procesos de nulidad ya que aquí se presentó ocultamiento de la demandante quien no realizó los aportes correspondientes al dinero que estaba recibiendo lo cual cambia el panorama del derecho pensional, prueba documental que aun cuando no fue allegada oportunamente por PROTECCIÓN S.A., sí debe considerarse ese hecho aceptado en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante en el que también confesó la reasesoría pensional en la que se le indicó que le era más favorable el RAIS, motivo por el que no se puede desconocer que sí recibió información en el año 2012 y que en 1998 recibió información integral sobre que su capital sería heredable, pensión mayor y de manera anticipada, con lo cual queda demostrado que desde 1998 ese Fondo le ha venido realizando de manera permanente asesorías para la construcción de su mesada pensional, sin que la circunstancia de que ahora no le satisfaga el monto pensional se traduzca en un mal actuar de protección; solicitando finalmente el decreto, de manera oficiosa, de algunas pruebas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora se ratificó en lo expuesto en la demanda insistiendo en la confirmación del fallo de primera instancia, con especial énfasis en el deber de información que le asiste a los fondos, al cual faltó PROTECCIÓN S.A., correspondiéndole la carga de la prueba de la diligencia y el cuidado al momento de la afiliación. Entre tanto,

COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia porque la actora no demostró en ningún momento un vicio en el consentimiento y por ello no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, evidenciándose con el diligenciamiento del formulario que los asesores de la AFP PROTECCIÓN le manifestaron de manera clara y detallada la totalidad de las condiciones propias del traslado y además la no es posible que retorne al RPMPD por encontrarse incurso en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en particular lo que interesa a la carga de la prueba y la valoración dada al interrogatorio de parte rendido por la demandante, 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).

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 106 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 11 de diciembre de 1998 con fecha de efectividad del 1º de febrero de 1999, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que es vendedora de productos, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se dio su traslado a PROTECCIÓN S.A, narró que trabajaba para Print Ltda y en una reunión para revisar colecciones en Medellín, se le hizo la propuesta para que se trasladara a PROTECCIÓN, comentándole los beneficios (que la pensión

iba a ser mucho mayor que la del ISS, que ese dinero iba a ser heredable y adicional a ello se podía pensionar con menos tiempo, y por el salario que tenía se podía pensionar en el momento que quisiera) todo eso le parecía muy interesante, esa misma tarde ellos diligenciaron el formulario con los datos que le proporcionaba y ella luego lo firmó, sin indagar su situación, y los productos que tuvo con PROTECCIÓN S.A fueron los de la pensión obligatoria y la voluntaria por los beneficios que se tenían, en relación con la pensión voluntaria le dijeron que los beneficios consistían en que, en su momento podía trasladar lo de la pensión voluntaria a la obligatoria y le aumentaría el monto, que la podía retirar en el momento que quisiera, y frente al producto de aporte voluntario aún se encuentra vinculada con \$250.000 pues realizó retiros, en cuanto a la reasesoría, la solicitó en dos oportunidades (2007 y 2012) la primera vez le dijeron que siguiera ahorrando en el ahorro voluntario y si quiere puede pasar con el salario mínimo hasta 10 años antes de cumplir la edad y cuando cumplió los 47 años comenzó a pagar más del mínimo, y la segunda vez le dijeron que su pensión estaba muy bien más de un millón, no obstante ese día de la audiencia fue a la 82 y le dijeron que no tenía el tiempo y la pensión sería del salario mínimo; y en la reasesoría del año 2012, sí le dijeron que era mejor quedarse en el fondo sin que suscribiera ningún documento en esa oportunidad, cuando trabajo para ALMAGRO cotizó con el mínimo porque sus comisiones estaban muy bajitas, realizando cotizaciones a través de sus empleadores con los salarios que ellos le reportaban, haciendo aportes voluntarios por los beneficios que le manifestaron.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PROTECCIÓN S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al momento de la afiliación 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 DEL ROSARIO CORREA CALA 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; evidenciándose muy por el contrario que limitó su asesoría a exponer únicamente los beneficios de trasladarse al RAIS y realizar tanto aportes obligatorios como voluntarios; debiéndose indicar en punto a la valoración del interrogatorio de parte, que en oposición a lo señalado por la censura, no se advierte confesión por parte de la actora respecto a una asesoría integral como tampoco que sus cotizaciones no correspondieran a lo realmente por ella devengado, de ahí que dicho medio probatorio no brinde certeza sobre el cumplimiento del deber por PROTECCIÓN S.A de haber brindado una información clara y completa a la señora MARIA CORREA al momento de su traslado de régimen y menos aún que la absolvente hubiera faltado a la verdad en sus respuestas. 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 PROTECCION S.A el 11 de diciembre de 1998 con efectividad a partir del 1º de febrero 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, sin que las asesorías que proporcionó a la accionante en los años 2007 y 2012 tengan la entidad de subsanar la nulidad presentada al momento de la afiliación, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”* debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 2 de julio de 2019 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARÍA DEL ROSARIO CORREA CALA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$908.526.ºº para cada una de ellas en favor de la actora. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
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. 110013105016201800236-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de febrero 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 grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 10 de septiembre de 2019 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró LILIANA ESPINOSA SALAZAR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CENSANTIAS Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL como apoderada principal de COLPENSIONES y como abogada sustituta a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas conforme obra en los poderes a ellas conferidos a través de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS de folios 331-339 y 330 vto.

ANTECEDENTES

LILIANA ESPINOSA SALAZAR, pretende que se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó a COLFONDOS S.A y SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., atendiendo el error y la falta de información bajo el cual suscribió la afiliación al RAIS; y como consecuencia, debe quedar

inscrita en el RPMPD administrado por COLPENSIONES, quien deberá aceptar su traslado y recibir de COLFONDOS S.A el valor total de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual; ordenando a los fondos demandados el pago de una indemnización económica por los perjuicios materiales y morales causados, además de lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que nació el 14 de julio de 1961, cotizó al ISS desde el 19 de mayo de 1986 hasta el 5 de agosto de 1998 a través de distintos empleadores y de manera interrumpida; se vinculó a la Rama Judicial el 1° de noviembre de 2000 y en la misma fecha suscribió el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A; el 3 de marzo de 2003 se afilió a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A.; el 21 de octubre de 2005 nuevamente se afilió a COLFONDOS S.A; ha cotizado más de 1.405 semanas; el día en que se trasladó al RAIS no se le informó sobre los efectos jurídicos que acarrearía dicha decisión para su futuro pensional, ya que la asesoría no fue superior a dos minutos, tiempo en el que sólo se le habló de las ventajas del fondo, sin explicarle los beneficios del RPMPD o hacerle comparaciones entre regímenes, indicándole que el ISS se iba a acabar; al solicitar la proyección de su pensión a COLFONDOS se le informó que sería de \$781.242 bajo la modalidad de retiro programado lo cual no fue lo prometido al momento de afiliarse; y solicitó la nulidad de su traslado a las demandadas quienes la negaron (fls 94-108)

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.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con su fecha de nacimiento, cotizaciones efectuadas al ISS, afiliación a los fondos y solicitudes de nulidad elevadas junto con las respuestas brindadas, en su defensa planteó las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica (fls 146-154)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, negó o manifestó no constarle la mayoría de los hechos, aceptando solamente los atinentes a su afiliación, la proyección realizada y las solicitudes elevadas junto con sus respuestas. Propuso las excepciones denominadas como validez de la afiliación con COLFONDOS, inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A., buena fe, prescripción y la genérica (fls 199-209).

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A, respecto a los hechos únicamente aceptó la

vinculación con dicho fondo, negando o manifestando no constarle los demás. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls 162-288).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de septiembre de 2019, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia de traslado del RPMPD -ISS al RAIS - COLFONDOS S.A efectuado por la demandante el 1° de noviembre de 2000; y en consecuencia condenó a dicho fondo a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, entre otros, con todos sus intereses, esto es, con los rendimientos que hubiere causado; condenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante a dicha administradora del RPMPD, declarando que es el único válido en relación ella y por lo tanto la condenó, así mismo, a recibir la totalidad del saldo de la cuenta de ahorros de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas; y, condenó en costas a la parte demandada fijando para los fondos la suma de un(1) SMLMV y para COLPENSIONES medio (1/2) SMLMV.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la apoderada de la parte actora insistió en la confirmación de la sentencia porque no sólo existió engaño por acción sino por omisión al momento de la suscripción del formulario de afiliación. Por su parte la apoderada de COLPENSIONES petitionó la revocatoria del fallo por no configurarse los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad del traslado teniendo en cuenta que a la actora se le suministró la información veraz y completa lo cual quedó acreditado con la firma del formulario y en todo caso aquella no demostró ningún vicio en el consentimiento. Finalmente PROTECCIÓN S.A., también solicitó la revocatoria de la sentencia porque con el formulario de afiliación se demostró que la vinculación de la demandante fue voluntaria en virtud de la información que se le proporcionó.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta 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 folios 20 y 185 obra formulario de afiliación a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS diligenciado el 1º de noviembre de 2000, el que una vez cotejado con el historial de

vinculaciones que consta a folio 187, 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 - ISS, al Régimen de Ahorro Individual, lo que allí se hizo constar es que era una vinculación inicial, omitiendo con tal proceder que la actora ya venía afiliada al sistema general de pensiones aunque hubiera dejado de cotizar para el momento del traslado hacía más de un año, 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 de la señora LILIANA ESPINOSA, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen y no como si fuera la primera vez que ingresaba como cotizante.

8832452

COLFONDOS
Pensiones y Cesantías

SOLICITUD DE VINCULACIÓN O TRASLADO AL FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS Y CESANTÍAS

☐ SECTOR PRIVADO ☒ SECTOR PÚBLICO

PERIODO COTIZACIÓN (AAAA-MM) **AAAA-MM** PERIODO PAGO (AAAA-MM) **AAAA-MM** FECHA DE SUSCRIPCIÓN (AAAA-MM) **2000/11/01**

No. **7548387** No. Carpeta **791093**

PENSIONES OBLIGATORIAS
VINC. INICIAL ☒ TR. REGIMEN ☐ TR. AFP ☐

CESANTÍAS
VINC. INICIAL ☐ TRASLADO AFP ☐

DATOS DEL AFILIADO

NUMERO DOC. DE IDENTIDAD **51719961** TIPO DOCUMENTO ☒ CC ☐ CE ☐ NT ☐ P

FECHA DE NACIMIENTO (AAAA-MM) **1961/07/14** NACIONALIDAD ☒ COLOMBIANO ☐ EXTRANJERO

PRIMER APELLIDO **ESPINOSA** SEGUNDO APELLIDO **SALAZAR**

PRIMER NOMBRE **LILIANA** SEXO ☒ F ☐ M

CIUDAD ANTECEDENTE **BIOGATA** DEPARTAMENTO ANTECEDENTE **CUNDINAMARCA**

DIRECCIÓN DE RESIDENCIA **CALLE 26 SUR 81 36 URB. BANDERAS B.D. 6 AP**

CIUDAD RESIDENCIA **BIOGATA** DEPARTAMENTO RESIDENCIA **CUNDINAMARCA** TELEFONO RESIDENCIA **26410332**

DIRECCIÓN LUGAR DE TRABAJO **CALLE 114 706 JUZGADO 4 LABORAL**

CIUDAD LUGAR DE TRABAJO **BIOGATA** DEPARTAMENTO LUGAR DE TRABAJO **CUNDINAMARCA** TELEFONO LUGAR DE TRABAJO **3425167**

DATOS DEL VINCULO LABORAL

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 cuando estaba materializando su vinculación con la Rama Judicial fue informada por el asesor de COLFONDOS S.A que estaba en las dependencias de Recursos Humanos que el ISS se iba a acabar, sin ahondar en otros aspectos, circunstancias ratificadas por los testigos CARLOS ARTURO ALVARADO y LUIS ERNESTO LIZARAZO, quienes son compañeros de trabajo y estaban presentes en el momento de traslado de la demandante.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera

se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A 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 LILIANA ESPINOSA SALAZAR 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 1° de noviembre de 2000 con efectividad el 1° 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, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso, sin que interese para tal efecto el traslado entre fondos que realizó con posterioridad a PROTECCIÓN S.A.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de septiembre de 2019 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LILIANA ESPINOSA SALAZAR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

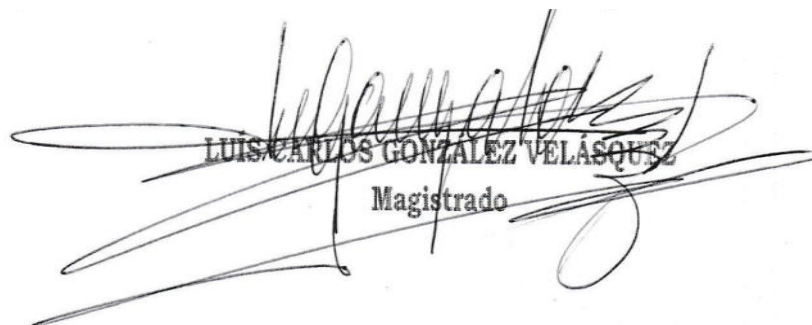


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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. 110013105004201800380-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de febrero 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 el apoderado de PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 20 de junio de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **DORIS MARLENE BERNAL SÁNCHEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS y a la Dra. CEIBOTLT JULIETH ACUÑA MAYORDOMO como apoderada sustituta en los términos y para los efectos de los poderes conferidos que militan a folios 137 a 147, en los que se encuentran plenamente identificadas. Así mismo se reconoce personería adjetiva para actuar al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de PORVENIR conforme el poder obrante de folios 152 vto. a 164.

ANTECEDENTES

DORIS MARLENE BERNAL SÁNCHEZ, pretende se declare la nulidad del traslado de régimen realizado a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.; y en consecuencia, se le condene a trasladarla al RPMPD enviando el valor de

los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional, junto con los cobros y gastos de administración a COLPENSIONES quien deberá aceptarla, como si nunca hubiera existido el traslado, recibiendo los aportes, rendimientos financieros y cobros de administración, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que ha laborado por más de veinte años, estuvo afiliada al ISS hasta el 31 de julio de 2001 cuando se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A., luego de que los asesores de dicho fondo la indujeran de manera equivocada a vincularse, con el argumento de que si se trasladaba no perdería los beneficios pensionales del RPMPD, sin indicarle eventuales riesgos que podía tener, ni realizarle una simulación o proyección de su pensión, no contando con una información idónea, siendo que de permanecer en el fondo se le reconocería una pensión equivalente al 60% del valor aproximado que recibiría en COLPENSIONES; y pese a que ha elevado solicitudes a las demandadas para que se declare la nulidad le han sido resueltas negativamente. (Fls 2-17)

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 vinculación a dichas entidades, las solicitudes de nulidad y sus respuestas.

COLPENSIONES propuso las excepciones de carencia de título para pedir, prescripción, buena fe, improcedencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica (fls. 56-70)

PORVENIR S.A propuso las excepciones de 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. 85-93)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de junio de 2019, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la nulidad de la afiliación de la actora al RAIS administrado por PORVENIR S.A., para tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES; condenar a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus correspondientes rendimientos; ordenar a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la actora al RPMPD; y condenar

en costas a PORVENIR S.A., fijando un (1) SMLMV como agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, el apoderado de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad, ya que la jurisprudencia citada por el Despacho no es aplicable en este caso porque allí los demandantes eran beneficiarios del régimen de transición, es decir, contaban con una expectativa legítima frente a su derecho pensional, si no es que algunos ya tenían un derecho causado, y si ello es así, como para el momento del traslado de la demandante (2001), las leyes vigentes no consagraban la obligación de una asesoría con simulación pensional por parte del Fondo, no se presentó la omisión a la que alude la demandante, por cuanto el Fondo le brindó la información. Así mismo, porque si lo que se alega es una falta de información no debe invocarse la nulidad sino la ineficacia por ser figuras jurídicas totalmente aparte. Por último, no se puede ordenar la devolución de los rendimientos porque constituiría un enriquecimiento sin justa causa, en tanto que si lo que se ordena es que las cosas vuelvan a su estado anterior mal haría en beneficiarse la demandante de los rendimientos propios del RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES indicó que no resulta procedente que se declare la nulidad del traslado toda vez que de acuerdo a las pruebas obrantes en el proceso la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación, habiendo guardado silencio frente a las deficiencias de su afiliación, sin que deban las administradoras soportar obligaciones de información no previstas en la ley. Por su parte, PORVENIR S.A señaló que la parte actora no probó ninguna de las causales previstas en el Art 1741 del CC, lo que conduce a que el acto de vinculación con dicho fondo sea eficaz, adicionalmente que le fue garantizado el derecho de retracto como se prueba con las publicaciones realizadas en el año 2004, habiendo recibido información suficiente sin preocuparse por conocer los aspectos relevantes, y de todas maneras no hay lugar a ordenar la devolución de sumas distintas al capital y los rendimientos, por lo que se mantiene en su solicitud de revocatoria del fallo.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en particular lo que interesa a las obligaciones que tenía el fondo al momento del traslado de régimen de la demandante, si la nulidad del traslado solo es procedente en casos en que exista una expectativa legítima para adquirir el derecho a la pensión (beneficiarios del régimen de transición), si lo procedente era declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad y, si los rendimientos también deben trasladarse como consecuencia de dicha declaratoria, todo 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 PORVENIR del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

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

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional,

*depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 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 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 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 95 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 31 de julio de 2001 con fecha de efectividad del 2 de agosto de ese mismo año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

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

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 2001 con efectividad a partir del 2 de agosto de ese 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.

En este punto conviene precisar frente a los reparos que eleva la censura sobre los presuntos yerros cometidos en primera instancia al declarar la nulidad del traslado cuando lo procedente era la ineficacia, así como al ordenar trasladar los rendimientos financieros como consecuencia de dicha declaratoria, que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, para efectos prácticos, las consecuencias de ambas figuras jurídicas son las mismas.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el *sub examine* se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil,

Bajo tal entendido, aun cuando en términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993¹, lo propio es tener por ineficaz el traslado de régimen, no se incurre en error cuando se acude a la declaratoria de la nulidad, ya que una y otra aparejan como consecuencia que dentro de los dineros que se ordena devolver, sin lugar equívocos, también se encuentren los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades (rendimientos), por cuanto desde el surgimiento del acto ineficaz, tales recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, como acertadamente lo dispuso la A quo.

Al tema oportuno resulta citar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2010, con radicado 68852, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cuando en lo pertinente señaló:

*“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una **disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás**» (CSJ SC3201-2018).*

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

¹ “El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto”

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)."

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 20 de junio de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por DORIS MARLENE BERNAL SÁNCHEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la sociedad recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTIAS PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$908.526.ºº en favor de la actora. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
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. 110013105013201800410-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de febrero 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 las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 20 de junio de 2019 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LILIA ORFA BURGOS SALAMANCA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de PORVENIR S.A., así como a la Dra. 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, identificados todos ellos conforme obra en los poderes de folios 139-150 y 158vto. a 161, para que actúen en nombre y representación de las entidades que representan.

ANTECEDENTES

LILIA ORFA BURGOS SALAMANCA, pretende se declare la nulidad de su traslado de régimen realizado el 22 de marzo de 1995 al RAIS con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PORVENIR S.A, toda vez que en la etapa contractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas entre uno u otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta; y como consecuencia de la anterior declaratoria, retrotrayendo por tanto las cosas a su estado anterior, ordenando a COLPENSIONES tenerla en el RPMPD como si nunca se hubiera trasladado y, condenando a las demandadas a lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que se trasladó de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el 22 de marzo de 1995, afiliación que presenta inconsistencias ya que en el formulario no se registró la firma del empleador ni sus beneficiarios, y además el fondo no le brindó información clara completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en los dos regímenes, ni le hizo un estudio de su situación particular, ilustrándole únicamente de las ventajas del RAIS; nació el 13 de enero de 1960; le fue realizada simulación pensional en la que se le indicó que no obtendría mesada pensional si no vuelve a cotizar y posteriormente le manifestó que su pensión sería de un (1) SMLMV bajo la modalidad de retiro programado en contraposición de la renta vitalicia, mientras que según proyección de su mesada pensional en el RPMPD su pensión sería de \$1.243.935; ha cotizado un total de 1.304 semanas y aunque elevó solicitud de nulidad del traslado a COLPENSIONES le fue negada el 21 de noviembre de 2017 (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 constarles o no ser ciertos, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento y su afiliación a PORVENIR S.A., aceptando expresamente COLPENSIONES, además, su vinculación inicial con CAJANAL y las solicitudes elevadas junto con sus respuestas.

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (fls 54-69)

PORVENIR S.A propuso las excepciones de 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 75-82).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de junio de 2019, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad de la afiliación de la actora al RAIS administrado por PORVENIR S.A., a partir del 22 de marzo de 1995; y como consecuencia de ello, ordenó el traslado de todos los aportes realizados por ella y sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES, quien deberá recibir los mismos y activar la afiliación de la demandante a dicha administradora, teniéndose que para todos los efectos legales la única afiliación válida de ésta al Sistema General de Pensiones es la realizada con COLPENSIONES; y condenó en costas a PORVENIR S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y en su lugar se les absuelva de todas las pretensiones, ello con base en los siguientes argumentos.

PORVENIR S.A., porque el análisis efectuado sobre el deber de información por el Juzgado se soportó en la sentencia 33083/11 de la CSJ, sin que se aplicable para este caso por no existir error o una expectativa errada del derecho pensional, ya que aquí no se evidenció un error al momento del traslado dado que conforme a lo consignado en el formulario de afiliación, para ese momento la demandante estaba cotizando con un (1) SMLMV, el que de haberse mantenido durante toda su vinculación al RAIS no permitiría suponer que hubiera sido más beneficios el otro régimen porque en el RAIS accedería a una pensión de garantía mínima y por ello, atendiendo la condición de la actor, no era posible realizar una proyección a futuro sobre su verdadera situación pensional, en la medida que en el RAIS la pensión se va forjando no sólo en tiempo sino en valor. Adicionalmente, en cuanto al folio 106 lo que se observa es una desmejora del derecho pensional, el cual no se trata de un derecho adquirido pues presenta inconsistencias en la historia laboral y por ello no refleja un bono pensional siendo esa la razón por la que la proyección se realizó en (0), no pudiéndose tener como concreta la posible mesada pensional, recordando en estos casos que debe prevalecer el principio de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera.

COLPENSIONES, como quiera que la demandante estaba afiliada a CAJANAL y si bien COLPENSIONES asumió las obligaciones de dicha entidad o hay lugar a declarar la nulidad del traslado ya que la demandante no logró demostrar con su interrogatorio de parte que el fondo no le suministró la información suficiente, habiendo sido evasiva al contestar las preguntas, tan es así que indicó que antes de su traslado a PORVENIR S.A estaba afiliada al ISS, lo que no es cierto, mintiendo así a la administración de justicia lo cual no permite que su interrogatorio brinde certeza de lo por ella manifestado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido solo presentaron alegatos PORVENIR S.A y COLPENSIONES en donde insistieron en la revocatoria de la sentencia, la primera de ellas porque en este asunto no se demostró la actora la existencia de algún vicio del consentimiento en el acto jurídico de vinculación a ese fondo, no procediendo la ineficacia en los términos de los artículos 271 de la ley 100/931740 del CC y 899 del C.Cio., habiendo acreditado esa administradora, con el formulario de afiliación que sí brindó información clara y oportuna a la actora. Y en el hipotético evento de considerar que el acto no tuvo validez solo se puede disponer la devolución del capital y los rendimientos. Por su parte, COLPENSIONES indicó que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento alguno y con el formulario de afiliación se logra concluir que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, no pudiendo retornar al RPMD al encontrarse incurso en la prohibición del artículo 2 literal e de la ley 797 de 2003

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 quien soportaba la carga de la prueba de la información suministrada para ese momento y en caso afirmativo si la llamada a recibirlo es COLPENSIONES, aunque con anterioridad al traslado de régimen no estaba afiliada al ISS sino a CAJANAL, ahondando en este punto sobre la valoración realizada al interrogatorio de parte absuelto por la actora, todo 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 PORVENIR del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación

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

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

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

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

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

de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

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

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición, o la circunstancia de tener o no una expectativa legítima pensional para el momento de la afiliación al RAIS como situaciones concretas para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no han sido contemplados como requisitos indispensables, 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 11 y 84 obra copia del formulario de afiliación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DEPENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 22 de marzo de 1995 con efectividad en la misma fecha, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folios 85-86, la historia laboral para bono pensional de folio 88 y la relación histórica de movimientos y de aportes de PORVENIR S.A vista de folios 89-100 y 101-106, deja en evidencia el error cometido por ese Fondo al no haber consignado en dicho formulario todos los datos necesarios para suministrar la información adecuada a la actora, 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 – PORVENIR SA., nada

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

se dejó plasmado en el documento de esa situación, como tampoco del tiempo que había cotizado hasta ese entonces a dicha caja la afiliada, indicándose en oposición a la realidad, que no contaba con más de 150 semanas cotizadas al ISS o a cajas para el momento del traslado, cuando lo cierto es que de acuerdo al certificado de información laboral expedido por el Ministerio de Hacienda que obra a folio 30, se evidencia que la actora había cotizado a la extinta Caja desde el 11 de junio de 1991 hasta el 21 de marzo de 1995.

Porvenir
SOLICITUD DE VINCULACION

FECHA DE EMISIÓN: 08/02/95

CÓDIGO: 00498127

VINCULACIÓN INICIAL: ☐ TRASLADO DE APP: ☐ TRASLADO DE PREVISIÓN: ☒

APP ANTERIOR: ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR:

TIPO DE TRABAJADOR: ☒ DEPENDIENTE ☐ INDEPENDIENTE

NÚMERO DOCUMENTAL DE IDENTIFICACIÓN: 51'639782

NACIONALIDAD: ☒ COLOMBIANA

FECHA DE NACIMIENTO: 09/07/13

SEXO: ☒ F

PRIMER APELLIDO: Burgos

SEGUNDO APELLIDO: Salamanca

PRIMER NOMBRE: Lilia

SEGUNDO NOMBRE: Orfa

DIRECCIÓN DE RESIDENCIA: Barrio Juan Pablo

DIRECCIÓN DONDE TRABAJA: Calle 20R Avenida el Retorno del Guayare

CÓDIGO: 00498127

DEPARTAMENTO: Guayare

TELÉFONO: 940042

ENVÍO CORRESPONDENCIA: ☐ RESIDENCIA: ☐ LUGAR DONDE TRABAJA: ☒

HA COTIZADO MÁS DE 150 SEMANAS EN ISS O CAJAS? ☒ NO ☐ SI

EN CASO AFIRMATIVO IDENTIFIQUE EN CUAL ENTIDAD: CAJA MUNICIPAL ☐ LOCAL ☐ OTRA ☐

TIEMPO TOTAL COTIZADO: AÑOS ☐ MESES ☐

30. PERIODOS DE APORTES

DESDE			HASTA		
Día	Mes	Año	Día	Mes	Año
11	6	1991	21	3	1995
21	3	1995			

31. AL EMPLEADO SE LE DESCOTÓ PARA SEGURIDAD SOCIAL? ☒ SI ☐ NO

32. CAJA, FONDO O ENTIDAD A LA CUAL SE REALIZARON LOS APORTES.

Nombre	NIT o Código
Extinta Caja de Previsión Social	800-118-141-1
PORVENIR S.A.	800144331-3

33. TRABAJADORES MIGRANTES: Diligenciar en caso que se estén certificando tiempos para un trabajador migrante del Decreto 1748 de 1995, modificado por el Artículo 9° del Decreto 1748 de 1995.

¿Trabajador migrante? ☒ SI ☐ NO

36. Numero de semanas efectivamente laboradas

3. INFORMACION SOBRE PENSIONES E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA (La información de esta sección es diligenciado si la entidad que expide la certificación, tiene pruebas de la pensión)

Omisión en la veracidad de la información que así visto permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el

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.

documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación de la demandante, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen.

Prueba que así vista en principio es concreta en el sentido de que el traslado no se realizó de forma correcta en la anotada fecha, y si ello es así, las manifestaciones que realizó la actora al momento de absolver el interrogatorio de parte frente a su vinculación en el RPMPD con el ISS no tienen la entidad probatoria suficiente para enervar la conclusión del A quo atinente a una inocua observancia del fondo de su deber de información al momento de afiliarse a la demandante al RAIS, al punto de que se trató de una confusión que aclaró en la misma diligencia la declarante al precisar que no estaba afiliada al ISS sino a la Caja Nacional, brindando además detalles sobre la forma en que se llevó a cabo la afiliación tales como que la reunieron junto con otras 20 personas aproximadamente, que lo que expusieron los asesores es que el ISS se iba a acabar, que iba a tener una pensión digna, que su monto iba a ser alto y que si se retiraba se le devolvería el dinero, limitándose su actuar solamente a firmar el formulario ya que quien lo diligenció en su integridad fue el asesor; de ahí que deban desestimarse los argumentos planteados en el recurso de apelación por parte de COLPENSIONES.

Otro tanto acontece frente a la valoración de las proyecciones pensionales, y en especial la anotación en cero (0) que registra el folio 106, en la medida que no interesa para este caso particular si la historia laboral de la demandante presenta o no inconsistencias y por tal razón no le ha podido ser expedido el bono pensional, ya que lo que aquí se discute más que la eventual cuantía de su pensión o el beneficio que obtendría, es la indebida información que le brindó el fondo al suscribir el formulario de afiliación y de esa manera trasladarse del RPMPD al RAIS.

En tal orden de ideas, el elenco demostrativo valorado en su conjunto, permite a esta Sala colegir 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 LILIA ORFA BURGOS SALAMANCA 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 22 de marzo de 1995 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, confirmar la sentencia de primera instancia, sin que puedan entenderse desconocidos por tal determinación los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, muy por el contrario se ven consolidados, al garantizar que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Se condenará en costas de esta instancia las recurrentes PORVENIR S.A y COLPENSIONES al resultarles desfavorables la alzada. 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 20 de junio de 2019 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LILIA ORFA BURGOS SALAMANCA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y la SOCIEDADA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

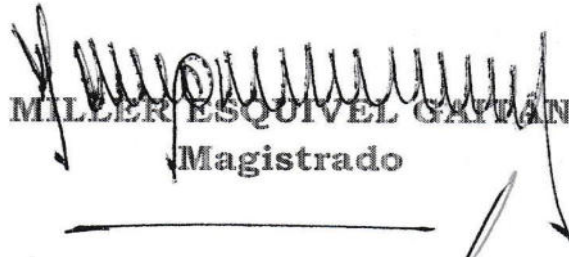
SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a las partes recurrentes PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma total de \$908.526.00, para cada una de ellas en favor de la demandante. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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. 110013105017201700480-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de febrero 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 19 de junio de 2019 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señor **WILSON ORTIZ BAYONA** 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 sustituta de COLPENSIONES a la doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ con CC No. 31.486.436 de Yumbo (Valle) y T.P No. 303.924 del CSJ en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folios 174 vto; así como al doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ con CC No. 79.985.203 y T.P No.115.849 del CSJ como apoderado de PORVENIR conforme el poder obrante de folios 180 vto a 192.

ANTECEDENTES

WILSON ORTIZ BAYONA, pretende que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS con la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., realizado el 1º de noviembre de 1994, continuando afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES; y en consecuencia se condene a dicho fondo devolver a COLPENSIONES todas

las sumas a su favor, saldos con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, con los rendimientos que se hubieren causado, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 9 de septiembre de 1955, se afilió al ISS el 13 de noviembre de 1978, el 1º de noviembre de 1994 de manera desinformada se trasladó al RAIS sin tener claro las consecuencias de ese acto, contando para esa fecha con 598 semanas cotizadas y para la actualidad con más de 1.500 semanas; PORVENIR S.A omitió brindarle información sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen, que podía pensionarse a la edad que quisiera sin ahondar en las condiciones para lograrlo así como de otras circunstancias, por lo que no obró en consonancia con el principio de eficiencia, además que durante todo el periodo de su vinculación no recibió asesoría, solicitando una proyección de su pensión en el año 2017, con la que se verifica que su mesada pensional en COLPENSIONES podría ser de \$5.637.121 mientras que con la AFP llegaría a \$3.263.700. (fls 3-12)

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 del actor, su afiliación al ISS y a PORVENIR S.A como las solicitudes elevadas

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 55-66).

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 laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 86-94)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de mayo de 2019 el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por las demandadas; declarar que la vinculación del demandante al RAIS administrado por PORVENIR S.A fue ineficaz y por

consiguiente no produjo efectos jurídicos; declarar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES y que esa entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación sin solución de continuidad; ordenar a PORVENIR S.A como fondo actual al cual se encuentra afiliado el demandante, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su vinculación, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, con sus frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado y demás intereses tal y como lo dispone el artículo 1746 del C.C; ordenar a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos a favor del demandante y convalidarlos en su historia laboral para efectos de la suma de semanas a que hubiere lugar en se régimen pensional; y condenar en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., incluyendo como agencias en derecho el valor de \$750.000.00.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas interpusieron recurso de apelación para que se revoque en su integridad, conforme los siguientes argumentos:

COLPENSIONES, pues para la fecha del traslado al RAIS el actor se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales, no teniendo impedimento para solicitar información o ampliación de la que le fue suministrada por el Fondo, por lo que si el firmó el documento lo hizo al estar conforme con lo que se le manifestó; además, no era beneficiario del régimen de transición y por eso no podía trasladarse en cualquier momento conforme lo enseña la ley 797 de 2003. Subsidiariamente, en caso de mantenerse la condena, solicita la revocatoria de las costas al haber actuado su representada de buena fe.

PORVENIR S.A., porque la jurisprudencia es un criterio auxiliar y por ello no se podía aplicar la citada por el Despacho a este caso, ya que el demandante al momento del traslado no tenía una expectativa legítima precisando que cuando la Corte habla de las consecuencias mayúsculas por la omisión en la información eso hace referencia al régimen de transición, que aquí no sucedió; así mismo, porque la asesoría que se le brindó sí le dio la opción de hacer aportes voluntarios contrario a lo concluido por el Juez, tal y como lo aceptó en el hecho 14 de la demanda; información que en todo caso no sólo se restringe al acto de la afiliación sino que debe extenderse a toda la permanencia, habiendo el demandante recibido sus extractos; y finalmente, porque para que se dé la inversión de la carga de la prueba se requiere de 3 requisitos que el demandante no cumple, pues no quedó demostrado que su traslado tuviera una incidencia o que se le impida el derecho a la pensión, versando su inconformidad con el monto pensional lo que constituye un error de derecho que no vicia el consentimiento, no teniendo la obligación el fondo de presentar cálculos

actuariales para probar el buen consejo ya que esa situación se contempló a partir del año 2009.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal COLPENSIONES insistió en su absolución frente a todas las pretensiones, recordando que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición para retornar al RPMPD según lo establecido en la Ley 797 de 2003, siendo por tanto su traslado al RAIS valido y eficaz, sin que además hubiera demostrado un vicio en el consentimiento. Por su parte, PORVENIR S.A señaló que el actor no probó ninguna de las causales previstas en el Art 1741 del CC, lo que conduce a que el acto de vinculación con dicho fondo sea eficaz, adicionalmente que le fue garantizado el derecho de retracto como se consignó en el formulario de afiliación del cual no hizo uso, y de todas formas se encuentra incurso en la prohibición legal de que trata el literal e) del Art 13 de la Ley 100 de 1993.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto jurisprudencial para la declaratoria de la nulidad el contar con una expectativa legítima de pensión, **iii)** si el demandante se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMD prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, **iv)** si COLPENSIONES está obligada al pago de costas, y **v)** si la permanencia en el RAIS sana la nulidad, ello 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 solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 96 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A diligenciado con fecha del 21 de octubre de 1994, con fecha de efectividad del 1° de noviembre de ese año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con la historia laboral elaborada por ese fondo (fls. 99-116) y el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fls 97-98).

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

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A diligenciado con fecha del 21 de octubre de 1994, con fecha de efectividad del 1º de noviembre 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, máxime cuando que la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la apoderada de COLPENSIONES la imposibilidad del demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados en la sentencia SU062/10.

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

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,

evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad COLPENSIONES 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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de mayo de 2019 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por WILSON ORTIZ BAYONA 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.

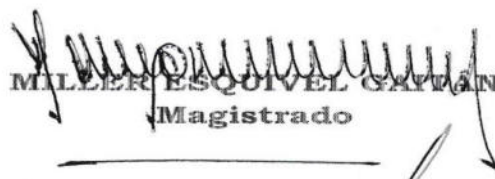
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$908.526.00 para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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. 110013105017201700496-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de febrero 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 5 de julio de 2019 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **MARÍA NANCY GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES a la doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ con CC No. 31.486.436 de Yumbo (Valle) y T.P No. 303.924 del CSJ en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folio 181 vto., así como al Dr. JHON JAIRO RODRIGUEZ BERNAL con CC No. 1.070.967.487 y T.P No. 325.589 del CSJ como apoderado de PORVENIR S.A conforme el poder obrante de folios 184 a 196.

ANTECEDENTES

MARÍA NANCY GÓMEZ, pretende que se declare la nulidad de su vinculación al RAIS con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y como consecuencia, se condene tanto a dicho fondo como a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS

DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a aceptar la nulidad de los traslados entre fondos, disponiendo que éste último ordene su traslado y envíe el valor de los saldos o aportes pensionales que tiene en su cuenta, así como a COLPENSIONES que acepte su vinculación al RPMPD, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que ha prestado sus servicios desde el 19 de octubre de 1982 como empelada, realizando desde entonces cotizaciones al RPMPD hasta el 15 de junio de 1994 cuando se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A , con el argumento que era lo mismo que pertenecer al ISS, no produciéndose una manifestación de traslado libre y voluntaria ya que desconocía la incidencia sobre sus derechos pensionales , sin que manifestara por su escrito de trasladarse de régimen, siendo afiliada posteriormente a PROTECCIÓN S.A., y pese a que solicitó autorizar su desvinculación del RAIS le fue negada (fls 34-46).

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 su afiliación al ISS y a PROTECCIÓN S.A como las solicitudes elevadas, aclarando PORVENIR S.A que no registra a la demandante como su afiliada ni ha tenido ninguna vinculación con ella.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones que denominó como declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción y la genérica (fls 68-77)

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 99-117).

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 127-133).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de julio de 2019 el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar no probadas las excepciones de

inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A y declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por PORVENIR S.A; declarar que la vinculación de la demandante al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A fue ineficaz y por consiguiente no produjo efecto jurídico alguno; declarar que la demandante se encuentra legalmente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES y que esa entidad tiene la obligación legal de validar la vinculación sin solución de continuidad; ordenar a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar con sus frutos e intereses; ordenar a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos de la demandante que efectuó PROTECCIÓN S.A y convalidarlos en su historia laboral; condenar en costas a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A incluyendo como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de \$900.000.00; y condenar en costas a la demandante a favor de PORVENIR S.A incluyendo como agencias en derecho la suma de \$200.000.00.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque en su integridad, por cuanto es evidente que la demandante no fue sino hasta el momento que necesitó agotar el requisito de procedibilidad para iniciar el presente proceso que acudió a COLPENSIONES para que se le permitiera regresar al RPMPD, sin que se evidencie en el expediente que COLPENSIONES incurrió a la falta al deber de información al momento del traslado, ya que dicho ente cuenta con una estructura a la cual la demandante pudo haber acudido para solicitar la ampliación de la información de la asesoría que le brindó la AFP, no teniendo entonces ninguna responsabilidad en los vicios que se pudieron presentar en su afiliación al RAIS, la cual realizó de manera voluntaria conforme el formulario de afiliación, además que no es beneficiaria del régimen de transición, y en todo caso, permaneció durante 13 años en el RAIS sin que durante ese lapso presentara dudas o se sintiera insatisfecha por la información brindada. Así mismo, solicita la absolución de la condena en costas porque no fue por su actuar que se presentó el vicio en el consentimiento de la actora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal COLPENSIONES solicitó que se le absuelva de todas las pretensiones insistiendo en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición para retornar al RPMPD según lo establecido en la Ley 797 de 2003, y por tanto su traslado al RAIS es válido y eficaz, sin

que además hubiera demostrado un vicio en el consentimiento. Por su parte PORVENIR S.A., insistió en la confirmación del fallo en cuanto en su favor declaró probada la excepción de falta de legitimación por pasiva al encontrar acreditado que la demandante nunca estuvo vinculada con ella.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para la declaratoria de la nulidad que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición. **iii)** si la permanencia en el RAIS por 13 años sana el vicio e imposibilita tal declaratoria, y **iv)** si COLPENSIONES está obligada al pago de costas, 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 solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos

que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 78 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A diligenciado con fecha del 14 de abril de 1994, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con la historia laboral elaborada por ese fondo (fls 87-92) y el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 93).

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

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 CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, el 14 de abril de 1994 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, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de julio de 2019 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARÍA NANCY GÓMEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

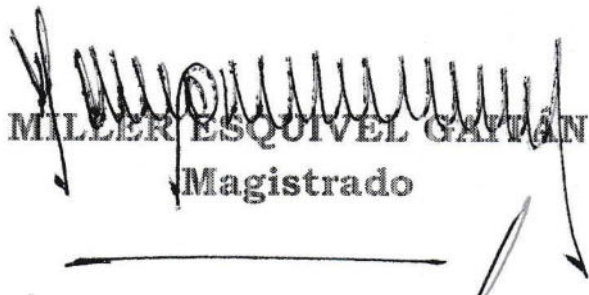
¹ “**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación,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

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



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. 110013105032201800514-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de febrero 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 la apoderada de COLFONDOS S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANA ALICIA GUZMAN CASTRO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS**.

ANTECEDENTES

ANA ALICIA GUZMAN CASTRO, pretende se declare la nulidad de su traslado de régimen realizado al RAIS con COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS el 17 de octubre de 2000 con fecha de efectividad el 1º de diciembre, por la omisión de información y debida asesoría al momento del traslado; y como consecuencia, se ordene a dicho fondo a entregar o restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de su vinculación como cotizaciones y rendimientos, y a esta última administradora a recibirla como afiliada junto con los valores obtenidos, lo que resulte ultra y extra petita y las costas y gastos del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que cotizó al ISS desde el 25 de agosto de 1988; el 17 de octubre de 2000 con efectividad a partir del 1º de diciembre de ese año, se trasladó del RPMPD administrado por el ISS al

RAIS administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, sin que fuera informada de las implicaciones sobre sus derechos pensionales, diferencias de regímenes, ventajas o desventajas entre ellos, ni se le informó cuál le convenía más analizando sus condiciones particulares, si tendría o no derecho a un bono pensional, la destinación de sus aportes, ni se le hicieron proyecciones, entre otros aspectos, razón por la cual elevó solicitud de nulidad de su traslado a COLPENSIONES la cual le fue negada el 23 de mayo de 2018 (fls 3-15)

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 constarles o no ser ciertos, salvo los relacionados con su vinculación a COLFONDOS S.A y las solicitud de nulidad elevada a COLPENSIONES junto con sus respuesta.

COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó como: validez de la afiliación al RAIS, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica (fls 82-90)

COLFONDOS S.A propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, 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, inexistencia de perjuicios y la genérica (fls 128-144).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de julio de 2019, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad de la afiliación de la actora al RAIS; condenó a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro de la demandante; ordenó a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar la historia laboral y activar su afiliación al RPMPD; y, condenó en costas al fondo incluyendo la suma de tres (3) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, la apoderada de COLFONDOS S.A interpuso recursos de apelación con el fin de que se

revoque la sentencia en su integridad, al considerar que es improcedente la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, ya que el mismo se realizó conforme a las leyes vigentes, sin que la afiliación presente vicios en el consentimiento pues se hizo de manera libre y voluntaria como se constata con el diligenciamiento del formulario, además que no se observan los 3 presupuestos establecidos en el artículo 889 del C.Cio para que se declare la nulidad del negocio jurídico, esto es, no se contrarió ninguna norma, ni se está ante una causa u objeto ilícito y tampoco se celebró con persona incapaz en la demandante tenía 38 años edad y por tanto sabia de las implicaciones de su acto; así mismo porque no era obligación informar la cuantía pensional atendiendo que el régimen de seguridad social en pensiones no es un régimen contractual sino legal y por ello e fondo no tenía que tener certeza de monto que tendría la demandante, siendo que a la fecha no ha solicitado el reconocimiento de su pensión ni ha acreditado el bono pensional. En todo caso no hay lugar a la nulidad porque la actora tuvo la oportunidad de indagar pero no lo hizo y por el contrario permaneció en el RAIS sin siquiera conocer los requisitos que exigen los regímenes para otorgar la pensión.

En caso de no revocarse totalmente la sentencia solicita de manera subsidiaria, que se revoque parcialmente en lo atinente a la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que son prueba del manejo diligente de los recursos por parte del fondo durante la vinculación de la demandante puesto que obtuvo rendimientos y no existe norma que ordene dicha evolución sino únicamente los aportes, el bono pensional y los rendimientos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido ninguna de las partes presentó alegaciones.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en particular quien soportaba la carga de la prueba de la información suministrada para ese momento y si tal deficiencia u omisión se constituye como un vicio en el consentimiento, si dicha nulidad se sanea por el hecho de la permanencia en el fondo y la falta de claridad que presenta la actora sobre los dos regímenes; y en caso de mantenerse la decisión si es o no procedente disponer el traslado de los gastos de administración por parte del fondo;

todo 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 COLFONDOS del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de

noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

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

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

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

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

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

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

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde 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 147 obra copia del formulario de afiliación a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado el 17 de octubre de 2000 con efectividad el 1º de diciembre del mismo año, lo cual se constata con el certificado expedido por dicho fondo visible a folio 53, prueba de que en principio el traslado se realizó de forma correcta. Así mismo se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que su traslado se hizo en una oportunidad en que estaba dictando clase y cuando firmó el formulario ya estaba diligenciado por la asesora, sin que se detuviera a efectuar preguntas, ya que lo que se le manifestó es que el ISS se iba a acabar, entendiendo que su traslado sería igual que en el ISS, empezando sus averiguaciones en el año 2017 que fue lo que la motivo a contratar un actuario, y aunque recibió extractos los mismos no eran claros en su contenido.

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 GUZMAN CASTRO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A 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 dicho fondo diligenciado con fecha del 17 de octubre de 2000, con fecha de efectividad del 1º de diciembre 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 ordenar su confirmación que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo o no haber adelantado la demandante indagaciones por su cuenta para dilucidar las diferencias y semejanzas entre los dos regímenes no genera la consecuencia de validar la afiliación y menos aún el hecho de que no se hubiera trasladado cuando los fondos informaron a través de distintos medios de comunicación sobre la posibilidad de hacerlo, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión.

DE LA PROCEDENCIA DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE REGIMEN.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo como si nunca hubiera existido, y si ello es así, en ningún dislate incurrió el fallador de primera instancia cuando además de declarar que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media administrado por el ISS en el que se encontraba para el

momento del traslado de régimen, todos los recursos pecuniarios que surgieron durante su permanencia en el RAIS debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, dentro de los que también se encuentren los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades (rendimientos).

En tal sentido la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2010, con radicado 68852, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló:

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

(...)

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)." (resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Se condenará en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A por haber resultado desfavorable su recurso. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 15 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ANA ALICIA GUZMAN CASTRO en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a COLFONDOS S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma total de \$908.526.00, en favor de la demandante. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

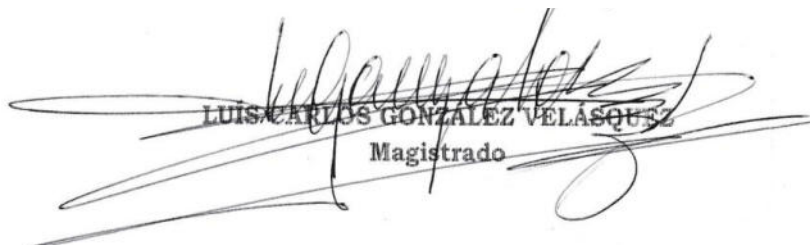


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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. 110013105008201700708-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de febrero 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 el apoderado de PROTECCIÓN S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 28 de febrero de 2019 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JAIME SÁNCHEZ ORDOÑEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar al doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ con CC No. 79.985.203 y T.P No.115.849 del CSJ como apoderado de PORVENIR conforme el poder obrante de folios 158 vto a 169; así como a la doctora JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con la C.C No. 38.551.125 del Valle (Cali) y T.P No. 158.999 del CSJ como apoderada principal de COLPENSIONES, y a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37.627.008 de Puente Nacional Santander y T.P No. 221.228 del CSJ, como apoderada sustituta en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folios 177 vto. a 185.

ANTECEDENTES

JAIME SÁNCHEZ ORDOÑEZ, pretende se declare la nulidad de su traslado de régimen realizado el 30 de abril de 1998 al RAIS con la SOCIEDAD

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, toda vez que en la etapa contractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas entre uno u otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta; y como consecuencia de la anterior declaratoria, la nulidad del traslado entre fondos que se dio el 26 de mayo de 2000 con PROTECCIÓN S.A antes PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER; retrotrayendo por tanto las cosas a su estado anterior, ordenando a COLPENSIONES tenerlo en el RPMPD como si nunca se hubiera trasladado y, condenando a las demandadas a lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A. el 30 de abril de 1998, quien nunca le brindó información clara completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en los dos regímenes, ni le hizo un estudio de su situación particular, ilustrándole únicamente de las ventajas del RAIS; el 26 de mayo de 2000 se trasladó al fondo privado de pensiones SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A; nació el 24 de agosto de 1956; le fue realizada simulación pensional en la que se le indicó que se le garantizaría la pensión mínima mientras que en el RPMPD recibiría la suma de \$1.955.329; al 29 de agosto de 2018 ha cotizado un total de 1.330 semanas; y COLPENSIONES no se ha pronunciado sobre la solicitud de nulidad que le presentó. (Fls 3-10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (fls 59-62)

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 obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 92-98).

PROTECCIÓN ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con Santander hoy Protección, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, prescripción de la acción para demandar la nulidad de la

afiliación, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y la genérica (fls 107-113).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de febrero de 2019 el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad del traslado del actor del RPMPD al RAIS acaecido el 30 de abril de 1998 proveniente del ISS hoy COLPENSIONES a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS AFP PORVENIR S.A; declarar que las afiliaciones realizadas al interior del RAIS son nulas, es decir, que las cosas vuelven a su estado anterior como si nunca hubieran existido; condenar a PROTECCIÓN S.A a devolver a COLPENSIONES todo los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales si es del caso, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones de que trata el artículo 1745 del C.C, junto con los rendimientos que se hubieren causado, así como los dineros que se tenido que asumir por los seguros previsionales de invalidez y muerte; condenar a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCIÓN S.A y que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y a efectuar los respectivos ajustes en la historia pensional; y condenar a los fondos demandados en costas en la suma de \$1.000.000oo

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia el apoderado de PROTECCIÓN S.A interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad, en primer término, porque el deber de asesoría se cumplió de manera verbal sin que ninguna norma vigente para el momento de la afiliación exigiera que se tenía que documentar, como lo precisa la jurisprudencia del C. Constitucional, hecho que no fue desvirtuado, presentándose además contradicciones en el interrogatorio absuelto por el demandante, cuando indicó que sólo se le informó que el ISS se iba a acabar en el año 98, pero lo cierto es que ese ente había sido inyectado financieramente y por tanto no debe dársele credibilidad a tal dicho, y frente a la manifestación consistente en que se le dijo que su mesada sería superior al mínimo es un hecho que no probó; adicionalmente, la jurisprudencia citada por el Despacho solo se aplica a personas con expectativas legítimas para pensionarse que se encontraban en el régimen de transición, no encontrándose el señor SÁNCHEZ en esa situación; entonces a la parte actora era a quien le incumbía probar los silencios que configuraban el daño el que no se encuentra probado en este proceso; y en lo que se refiere a la devolución de los gastos y los seguros previsionales no debe ordenarse porque se estaría generando un enriquecimiento sin causa como quiera que ha aprovechado los mismos en la cobertura de los riesgos, sin que demostrara el detrimento sufrido por realizar ese ahorro. Subsidiariamente, solicita que no se ordene el pago de los gastos de administración sino solo la devolución de los aportes; y en todo caso, de ordenarse el pago de los gastos también debería condenarse a que sean restituidos por PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia al existir suficiente material probatorio para que se concedan las pretensiones de la demanda, resaltando que las AFP tienen la carga de la prueba del cumplimiento de información clara y veraz. Entre tanto, PORVENIR S.A insistió en la revocatoria del fallo, dado que en este caso no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta con el argumento de la falta de consentimiento informado, pues con la aportación del formulario de afiliación cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente. Finalmente, COLPENSIONES también petitionó la revocatoria de la sentencia porque la actora no demostró en ningún momento un vicio en el consentimiento y por ello no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, evidenciándose con el diligenciamiento del formulario que los asesores de la AFP PROTECCIÓN le manifestaron de manera clara y detallada la totalidad de las condiciones propias del traslado y además la no es posible que retorne al RPMPD por encontrarse incurso en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en particular **i)** lo que interesa a la carga de la prueba del deber de información y en cabeza de quién se encuentra; **ii)** si el hecho de que el demandante no es beneficiario del régimen de transición invierte la carga de la prueba y por ello le correspondía demostrar el daño y desvirtuar que la asesoría que se le brindó verbalmente no fue clara y completa; **iii)** la procedencia de la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa; y **iv)** si en el caso de confirmarse la sentencia se debe adicionar para también condenar a PORVENIR S.A a pagar los referidos gastos de administración, en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso y del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES.

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 beneficio del régimen de transición o tener una expectativa legítima de pensión para dar aplicación a la jurisprudencia de la CSJ sobre el tema de la carga de la prueba en procesos de 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 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, razones suficientes para afirmar que no es el actor quien debe desvirtuar la información que de manera verbal le proporcionó el fondo.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 100 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A diligenciado el 30 de abril de 1998 con fecha de efectividad del 1º de junio de ese mismo año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien indicó que es médico especialista en otorrinolaringología, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se dio su traslado a PORVENIR S.A, narró que trabajaba para la Fundación Carlos González y cuando realizaba una consulta se presentó un asesor de PORVENIR quien lo invitó a trasladarse a ese fondo porque el ISS se iba a acabar, así como que el fondo era mejor porque se podía pensionar antes de los 62 años y que su pensión era heredable, razones por las que firmó el formulario, sin que en ese momento le presentara ningún documento o cuadro comparativo entre regímenes, y frente a su traslado a SANTANDER en el año 2000, comentó que también se dio con argumentos relacionaos con el ISS y que allí sería

mejor su pensión, sin explicarle las diferencias entre los dos regímenes ni las desventajas del RAIS, régimen este último al que no realizó aportes adicionales, pretendiendo ahora retornar al RPMPD porque en el año 2017 consultó el tema de su pensión y se dio cuenta que la información que le habían brindado de que su mesada en el RAIS sería similar o mejor a la del ISS no corresponde a la realidad. A su vez, la representante legal de PORVENIR S.A al absolver el interrogatorio de parte precisó que, al actor no se le dio información impresa adicional al formulario de afiliación pero sí asesoría verbal, que no se le proporcionó asesoría con posterioridad a la afiliación ni se le elaboró una proyección actuarial de la pensión entre los dos regímenes pues no estaba la obligación de dejar constancia escrita, además que el actor no era beneficiario del régimen de transición y, que sus asesores estaban capacitados para realizar las afiliaciones.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al 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 al momento de la afiliación era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor JAIME SÁNCHEZ ORDOÑEZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí; evidenciándose muy por el contrario que limitó su asesoría a exponer únicamente los beneficios de trasladarse al RAIS; debiéndose indicar en punto a la valoración del interrogatorio de parte, que en oposición a lo señalado por la censura, no se advierte contradicción en su dicho, de ahí que dicho medio probatorio no brinde certeza sobre el cumplimiento del deber por PORVENIR S.A de haber brindado una información clara y completa al promotor de esta actuación al momento de su traslado de régimen y menos aún que el absolvente hubiera faltado a la verdad en sus respuestas. 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 30 de abril de 1998 con efectividad a partir del 1º de junio de esa anualidad 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.

DE LA PROCEDENCIA DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE REGIMEN

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo como si nunca hubiera existido, y si ello es así, en ningún dislate incurrió la falladora de primera instancia cuando además de declarar que el actor sigue siendo afiliado al régimen de prima media administrado por el ISS en el que se encontraba para el momento del traslado de régimen, todos los recursos pecuniarios que surgieron durante su permanencia en el RAIS debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, dentro de los que también se encuentren los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades (rendimientos), ya que .

En tal sentido la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2010, con radicado 68852, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló:

3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

(...)

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido

jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).” (resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

DE LA CONDENA A PORVENIR S.A PARA QUE TAMBIEN RESTITUYA LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN.

Este reparo planteado subsidiariamente en el recurso de apelación por parte de PROTECCIÓN S.A., no está llamado a ser atendido por esta Sala ante su manifiesta improcedencia, por la potísima razón que al no haber recurrido la sentencia mal puede imponérsele carga adicional alguna a la allí contenida, no encontrándose legitimada la censura para solicitar que se extiendan las condenas a ella impartidas.

Por lo hasta aquí expresado es del caso confirmar la sentencia de primera instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 28 de febrero de 2019 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por JAIME SÁNCHEZ ORDOÑEZ en contra de la COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del fondo recurrente ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$908.526.ºº en favor del actor. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

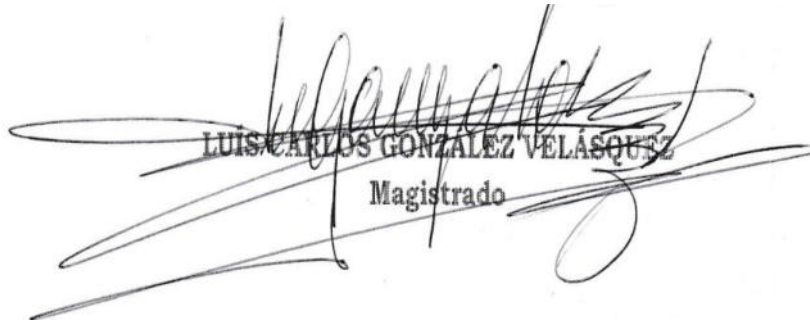


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado