



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

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105019201800436-01

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 los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 10 de junio de 2019 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señor **CLARA INES LOZA GUALDRON** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA identificada con la C.C No. 65.701.747 de Espinal (Tolima) y T.P No. 123.148 del CSJ, y al doctor HENRY DARIO MACHADO con CC No. 77.091.125 de San Gil y T.P No. 248.528 del CSJ como apoderado sustituto en los términos y para los efectos del poder otorgado (fls 146 a 149vto y 154-165).

ANTECEDENTES

CLARA INES LOZA GUALDRON, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RASI con la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., realizado el 1° de junio de 2003; y en consecuencia, se condene a dicho fondo a trasladar a

COLPENSIONES el valor completo de las cotizaciones, los rendimientos financieros y el saldo de su cuenta individual; entidad esta última quien a su vez deberá recibir los dineros trasladados y registrar en la historia laboral las semanas cotizadas. De manera subsidiaria pretende que se declare a PORVENIR S.A responsable de los perjuicios ocasionados por la omisión en la asesoría que debió prestarle al momento del traslado de régimen, y que corresponden al mayor valor que resulte entre la pensión que le hubiera correspondido respecto de la del RPMPD; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 4 de febrero de 1962, se trasladó al RAS administrado por PORVENIR S.A el 1° de junio de 2003 por falta de asesoría, ya que no fue informada que antes de cumplir los 47 años de edad le convenía regresar al ISS, que su pensión sería inferior a la de ese instituto, o sobre las diferencias existentes entre los dos regímenes, para así tomar una decisión objetiva, indicándosele en el año 2017 que su pensión proyectada en el fondo sería de \$781.242 mientras que en el RPMPD sería de \$3.049.620.25, ocasionándosele con tal omisión perjuicios, razón por la cual elevó solicitudes de nulidad del traslado a las demandadas obteniendo de PORVENIR S.A una respuesta negativa mientras que COLPENSIONES no le ha brindado ninguna. (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 su afiliación a PORVENIR 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, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica (fls 52-60).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

propuso las excepciones de prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir, ausencia de responsabilidad atribuible a ese fondo, inexistencia del perjuicio alegado, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fls 77-96)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de junio de 2019 el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la nulidad del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; declarar válidamente vinculada a la actora al RPMPD administrado por COLPENSIONES desde el 24 de junio de 1994 hasta la actualidad; condenar a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales y rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual; absolver a las demandadas de las demás pretensiones; y, sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

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

PORVENIR S.A., porque la afiliación es un acto válido al haberse suscrito la solicitud de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo informada de manera integral y completa la demandante sobre las implicaciones de su decisión, como así lo aceptó en el formulario que firmó y por ello se dejó constancia expresa que fue asesorada suficientemente acerca del régimen de transición, los bonos pensionales y los requisitos para acceder a las pensiones que otorga el sistema, así como sobre la posibilidad de retracto dentro de los cinco (5) días siguientes; con lo cual quedó claro que la demandante admitió que fue ilustrada respecto a las condiciones del sistema; asesoría que es completa para toda la ciudadanía en tanto se determinan las diferencias, ventajas y desventajas entre regímenes. Adicionalmente, el fondo realizó campañas en medios de amplia circulación diciéndoles a sus afiliados la posibilidad que tenían de regresar al RPMPD, sin que la demandante se hubiera devuelto, y en todo caso así como tiene derechos también tiene deberes entre los que se encontraba el acudir a los distintos canales para resolver sus dudas pensionales, contando igualmente con información permanente ya que eran enviados los extractos, sin que la ignorancia del derecho le sirva de excusa, correspondiéndole a ella la carga de la prueba de los vicios del consentimiento que aquí no se evidenciaros, siendo que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

COLPENSIONES, porque la demandante tenía plena capacidad al suscribir su traslado de régimen, sin que en el proceso se demostrara un vicio en el consentimiento, al punto que suscribió el contrato de afiliación aceptando las condiciones y aun teniendo la posibilidad de retracto decidió permanecer en el RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, pues el formulario de afiliación se suscribió según la normatividad aplicable para la época, además que se hizo de manera espontánea, libre y expresa, no siendo razonable imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen, precisando que la demandante no puede retornar RPMPD por que se afectaría la financiación de sistema. Por su parte PORVENIR S.A también insiste en la revocatoria del fallo, toda vez que la actora suscribió el formulario de vinculación de manera libre, espontánea y sin presiones, no debiéndose exigir pruebas adicionales a dicho documento, en el que se hace constar la asesoría brindada, y en el evento de haberse presentado un error sobre un punto de derecho no vicia 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, y **ii)** si el no haber hecho uso de la posibilidad de retracto y con ella su 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).

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 100 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 2 de mayo de 2003, con fecha de efectividad del 1º de julio 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. 103-104), el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 101) y lo indicado por la demandante al absolver el interrogatorio de parte cuando señaló que cotizó al ISS hasta el año 2003, cuando luego de varias visitas de un asesor insistiéndole que el ISS se iba a acabar y que su pensión sería mejor en el fondo, se afilió sin averiguar nada más; pero al ir a PORVENIR en el 2017-2018 se le realizó una proyección pensional que resalta la diferencia entre la pensión que obtendría en el RAIS equivalente a un (1) SMLMV mientras que la de COLPENSIONES sería sobre el salario que devenga de \$3.800.000.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a el demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LOZA GUALDRON 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 2 de

mayo de 2003, con fecha de efectividad del 1º de julio 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 no genera la consecuencia de validar la afiliación y menos aún el hecho de no haber ejercido el derecho de retracto, en la medida que este último requería de una información completa y veraz de la que el afiliado era plenamente consciente para así permitirle optar por la mejor decisión.

COSTAS en esta instancia a cargo de las partes recurrentes. Fijese como agencias en derecho la suma de \$908.526.00 para cada una de ellas.

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 junio de 2019 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por CLARA INES LOZA GUALDRON 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. Fijense como agencias en derecho la suma de \$908.526.00 para cada una de ellas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
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. 110013105031201900116-01

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.

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **DORIS MARITZA CENTENO RODRIGUEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Doctora JOHANNA ANDREA SANDOVAL CC. No. 38.551.125 De Cali (Valle) y como apoderada sustituta a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional - Santander y T.P. No.221.228 del C. S. de la J, en los términos y para los efectos del poder allegado junto con el escrito de alegatos (fls 200vto - 208). Del mismo modo, se reconoce personería a la Doctora JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA con CC No. 53.077.146 de Btá y T.P. 184.941 del C. S. de la J. como apoderada de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (fls 212-224)

ANTECEDENTES

A través del proceso ordinario laboral en referencia, la demandante pretende se declare la nulidad, o de manera subsidiaria, la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS a través de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR. S.A., y como consecuencia, que se condene a dicho fondo a registrar en el sistema de información de los fondos que su afiliación al RAIS es nula, así como a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes pensionales, incluidos los rendimientos, las deducciones por gastos de administración y descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivientes; ordenando a esta última administradora activar su afiliación en pensión; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 15 de noviembre de 1965, empezó a cotizar al ISS el 25 de abril de 1988; el 8 de abril de 1994 PORVENIR S.A la persuadió para que se afiliara a ese fondo sin verificar su historia laboral, el salario devengado ni su entorno laboral, ni suministrarle información sobre las ventajas y desventajas entre los dos regímenes, cuál sería su tasa de reemplazo, la fecha de redención de su bono, entre otros; en el año 2018 solicitó una reasesoría momento hasta el que conocio en detalle su caso pensional, por lo que elevó ante las demandadas solicitudes para que declararan la nulidad de su afiliación, las cuales le fueron negadas. (fls 3-24)

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 edad, afiliación y solicitudes elevadas.

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y, la genérica (fls 88-93)

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 116-135)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de julio de 2019, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., condenando en COSTAS y agencias en derecho a la demandante en cuantía de ½ SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque, pues lo que se presentó en la afiliación de la actora fue un error de hecho, en tanto se le generó una expectativa pero al momento de indagar sobre su pensión fue diferente; no habiéndole brindado el fondo la información necesaria para que tomara la decisión pertinente, indicándole las consecuencias positivas y negativas de los dos regímenes, o sobre el funcionamiento del fondo, ni tampoco realizó estudio de la conveniencia para pasarse al RAIS. Adicionalmente aclaró que la nulidad del traslado no es sólo para los afiliados que tengan una expectativa legítima de pensión y que el formulario no es plena prueba de la ilustración, tal y como así lo manifestó la señora Alba al dar su testimonio, dado que en el formulario no figura ni siquiera el salario, limitándose la asesoría a una charla grupal de corta duración, y en todo caso la carga de la prueba de la información suministrada corresponde al Fondo (Art 166 del CGP), no pudiéndose tener por saneada la nulidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en su solicitud de revocatoria del fallo de primera instancia ya que el traslado efectuado a la AFP PORVENIR S.A no estuvo acompañado del deber de información, siendo el fondo el que soportaba la carga de la prueba de haber suministrado una información clara, completa y comprensible, lo que no hizo, sin que para acceder a la nulidad sea presupuesto ser beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima de pensión. Entre tanto COLPENSIONES se halla de acuerdo con las consideraciones de la A quo y por esa razón solicita la confirmación de la sentencia ya que la demandante no probó ningún vicio en el consentimiento que de lugar a la pretendida nulidad encontrándose válida su afiliación al RAIS al haber suscrito el formulario de manera libre y voluntaria, no siendo posible su traslado al RPMPD porque se vería afectado el principio de sostenibilidad financiera. Finalmente, PORVENIR S.A., también solicitó la confirmación de la sentencia ya que de acuerdo a la normatividad vigente proporcionó la información adecuada a la actora, sin que para esa época se encontrara a su cargo el deber de buen consejo o de doble asesoría porque tales obligaciones surgieron de manera posterior, señalando que la misma contó con múltiples oportunidades para regresar al RPMPD pero no lo hizo.

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 137 obra copia del formulario de afiliación a PORVENIR S.A diligenciado el 8 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1° de mayo de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folios 138-139, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Así mismo se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó que mientras estaba trabajando en la Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas fue invitada con otros compañeros (entre 25 y 30) a ir a la sala de reuniones para tomar una charla donde el asesor de PORVENIR les informó que ese fondo era la mejor alternativa para manejar sus pensiones, brindando un mejor futuro pensional que el ISS ya que la mesada pensional iba hacer superior y que con eso podía garantizar su calidad de vida, omitiendo mencionar el impacto que iba a tener, no contando con tiempo para preguntas por lo que buscó asesoría por su cuenta, sintiendo presión del asesor porque pasaba muchas veces por su puesto diciéndole que era la única que faltaba por diligenciar el formulario. A su vez, la representante de PORVENIR S.A., admitió que la información fue dada conforme al instructivo del Fondo, señalando las características principales, de ahí dependa de las personas el tipo de información que necesiten o requieran. Finalmente, las testigos ALBA LUCIA ALVAREZ ROZO y GLORIA CASTILLO RIVERA, compañeras de trabajo de la actora, fueron contestes en comentar que cuando ellas se afiliaron a PORVENIR en el año 94 estaban juntas, ratificando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que menciona la demandante.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora DORIS MARITZA CENTENO RODRIGUEZ 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 8 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1° 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, sin que su permanencia en el mismo sanee el acto nulo, debiéndose por tanto revocar la sentencia de primera instancia que se abstuvo de declarar la nulidad de la afiliación al RAIS.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente 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 esta instancia a PORVENIR S.A. Se **REVOCAN** las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de esta demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 19 de julio de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por DORIS MARITZA CENTENO RODRIGUEZ en

contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante DORIS MARITZA CENTENO RODRIGUEZ a la SOCIEDAD COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, el 8 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1° de mayo de ese año, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

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

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

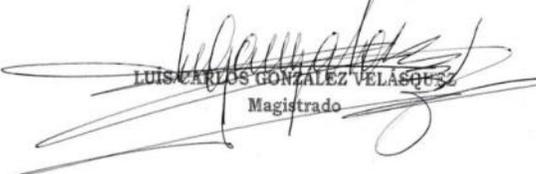
QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. Fijese como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 en favor de la parte demandante. Se REVOCAN las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Tásense.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILNER ESQUIVEL CAYMÁN
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. 110013105031201800187-01

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.

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 1 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **YENNY CLAUDIA ALMEIDA ACERO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, con la vinculación como Litis consorte necesaria de la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES -UGPP.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Doctora JOHANNA ANDREA SANDOVAL CC. No. 38.551.125 De Cali (Valle) y como apoderada sustituta a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional - Santander y T.P. No.221.228 del C. S. de la J, en los términos y para los efectos del poder allegado junto con el escrito de alegatos (fls 285-297). Del mismo modo, se reconoce personería al Doctor ALEJANRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ con CC No. 79.985.203 de Btá y T.P. 115.849 del C. S. de la J. como apoderado de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (fls 298-318); y por último, se reconoce personería adjetiva

para actuar como apoderado principal de la UGPP al Doctor OMAR ANDRÉS VITERI DUARTE CC. No. 79.803.031 de Btâ y como apoderada sustituta a la doctora LAURA NATALI FEO PELAEZ con C.C. No.1.018.451.137 de Btâ y T.P. No. 318.520 del C. S. de la J (fls 322-334)

ANTECEDENTES

A través del proceso ordinario laboral en referencia, la demandante pretende se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS a través de COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A., atendiendo al error y a la falta de información, y como consecuencia, debe quedar inscrita en el RPMPD con COLPENSIONES, quien deberá aceptarla y recibir de COLFONDOS S.A los dineros que reposan en su cuenta individual, debiendo condenar a los fondos demandados al pago de los perjuicios materiales y morales a ella causados.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 9 de diciembre de 1963, a partir del 1° de agosto de 1982 realizó cotizaciones al ISS, CAJANAL y FONPRECON por cuenta de diversos empleadores; el 15 de enero de 1996 se afilió a COLFONDOS S.A y el 29 de enero de 1998 a PORVENIR S.A., regresando a COLFONDOS el 18 de enero de 2005, hasta marzo de 2018 ha cotizado más de 1.731 semanas, en su asesoría se le informó que podría obtener beneficios superiores a los del ISS con una mesada mayor, sin brindarle detalles en términos sencillos y comprensibles, indicándosele que podía ser socia del fondo y que el ISS se iba a quebrar entre otros argumentos, razón por la que ha solicitado a las demandadas la nulidad de su traslado obteniendo respuestas negativas. (fls 4-17)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho por falta de causa y título para pedir y la genérica (fls 98-107)

COLFONDOS S.A propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A y la genérica (fls 151-159).

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 176-185)

UGPP, planteó las excepciones de falta de legitimación el causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales y la genérica (fls 220-226)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1º de agosto de 2019, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante a las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A., así como a la vinculada a la litis UGPP, condenando en COSTAS y agencias en derecho a la demandante en cuantía de \$50.000 para cada demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado la apoderada de la actora interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad, puesto que el A-quo consideró que las demandadas sí cumplieron sus obligaciones de información, no obstante, no demostraron que brindaron a la demandante la información necesaria y objetiva sobre cada una de las características, riesgos y consecuencias del traslado, características que aquella no tenía que saber por el hecho de haber sido visitada varias veces por los asesores; además, la suscripción del formulario no resulta suficiente para materializar el traslado ya que no sólo basta con la firma sino que los fondos deben demostrar que el traslado fue libre y voluntario, carga probatoria que soportaba el fondo conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre todo cuando la actora indicó que nunca le señalaron las características de los dos regímenes en especial que los aportes voluntarios estuvieran dirigidos a aumentar su pensión, y en todo caso no tenía que presentar una expectativa legítima para pensionarse.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicitó la confirmación del fallo de primera instancia porque no se logró demostrar un vicio de consentimiento en lo relativo a la afiliación de la actora al RAIS, al mismo tiempo que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el

ordenamiento jurídico, correspondiendo a la demandante demostrar el supuesto de hecho. Por su parte, PORVENIR S.A., también solicitó la confirmación de la sentencia al no haberse acreditado la existencia de algún vicio en el consentimiento, ni haberse demostrado los presupuestos de objeto o causa ilícita o que la demandante fuera incapaz para celebrar el negocio jurídico, suscribiendo de manera libre y voluntaria el formulario, y en todo caso, no hay lugar a la devolución de sumas diferentes al capital y los rendimientos. La UGPP, al igual que las anteriores, apoya la decisión de la A quo, precisando que en ningún momento a esa entidad se le asignó la función de administrar aportes efectuados al SGP por lo que no está facultada a recibir a la demandante como afiliada, no obstante la misma se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES por faltarle menos de 10 años para cumplir los requisitos para adquirir la pensión. Últimamente, la parte actora insistió en la revocatoria de la decisión recurrida porque al momento de su traslado al RAIS el fondo se sustrajo de su deber de brindarle la información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias de tal afiliación, procediendo, por tanto, la declaratoria de ineficacia, no bastando con el diligenciamiento del formulario para acreditar dicho deber, soportando el fondo la carga de la prueba en ese sentido.

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 160 obra copia del formulario de afiliación a COLFONDOS diligenciado el 15 de enero de 1996 con efectividad a partir del 1º de febrero de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folios 162 y 190, en el que además se verifica su traslado entre fondos de PORVENIR S.A a HORIZONTE y luego a COLFONDOS nuevamente, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando 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 YENNY CLAUDIA ALMEIDA ACERO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A el 15 de enero 1996 con efectividad a partir del 1° de febrero de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, sin que el traslado a PORVENIR S.A que se verificó el 29 de enero de 1998 o a HORIZONTE el 2 de noviembre de 1999, y por último el retorno a COLFONDOS S.A del 18 de enero de 2005 (fls 161, 187 y 188) que es el último fondo al que se encuentra afiliada, validara el inicial, 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 al FONDO DE PREVISIÓN DEL CONGRESO, toda vez que en la actualidad no cuenta con un vínculo laboral vigente con el Senado de la República, Cámara de Representantes o FONPRECON, no es dable disponer su retorno a dicho Fondo sino a COLPENSIONES¹, en la medida que de no haberse producido su traslado al RAIS sería la entidad administradora del RPMPD a la que estuviera realizando las cotizaciones.

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

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.

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 subrogó en la obligación.

Últimamente se despachara desfavorablemente la súplica de la demanda encaminada al pago de perjuicios al no obrar en el expediente prueba que acredite la causación de éstos que dé lugar a una condena indemnizatoria.

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 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 esta instancia a COLFONDOS S.A y a PORVENIR S.A. Se REVOCAN las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de estas demandadas.

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 1 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por YENNY CLAUDIA ALMEIDA ACERO en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, con la vinculación como litis consorte necesaria de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES -UGPP, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante YENNY CLAUDIA ALMEIDA ACERO a la SOCIEDAD COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, el 15 de enero 1996 con efectividad a partir del 1º de febrero de ese año, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del FONDO DE PREVISIÓN DEL CONGRESO -FONPRECON.

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

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

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS S.A y a PORVENIR S.A. Fijese como agencias en derecho a cargo de cada una la suma de \$908.526.00 pesos, en favor de la parte demandante. Se REVOCAN las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de dichas demandadas. Tásense.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


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. 110013105011201700207-01

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.

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 25 de junio de 2019 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ELSY LUZ BARRERA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Doctora CLAUDIA LILIANA VELA con CC. No. 65.701.747 de Espinal (Tolima) y T.P No. 123.148 del CSJ y como apoderado sustituto al doctor SAMUEL EDUARDO MEZA MORENO C.C. No. 1.098.719.007 de Bucaramanga y T.P. No. 268676 del C. S. de la J, en los términos y para los efectos del poder allegado junto con el escrito de alegatos (fls 464-474).

ANTECEDENTES

A través del proceso ordinario laboral en referencia, la demandante pretende se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS a través de PORVENIR S.A., por cuanto no existió una decisión informada sobre las consecuencias de tal decisión; y como consecuencia, se condene a dicho fondo a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, quien a su vez deberá aceptar y recibir el traslado de los aportes, teniéndola como su afiliada desde la fecha de su inscripción al

RPMPD que corresponde al 24 de septiembre de 1990, para luego reconocerle la pensión de vejez, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso. De manera subsidiaria solicita que se condene a PORVENIR S.A a trasladar todos sus aportes a COLPENSIONES en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 692 de 1994

Como fundamento de sus pretensiones informó, en síntesis, que nació el 1° de mayo de 1960; desde el 24 de septiembre de 1990 hasta el 6 de julio de 2016 ha cotizado 776 semanas de las cuales 568 lo fueron a PORVENIR S.A y 208 a COLPENSIONES; cotizó a CAJANAL interrumpidamente, entre el 16 de diciembre de 1990 y el 8 de abril de 1992; el 10 de mayo de 2002 se afilió a PORVENIR S.A sin que le fuera suministrada información acerca de los diferentes regímenes, ni sobre la opción de retracto, como tampoco que su pensión dependía sustancialmente de los rendimientos financieros, no comprendiendo las condiciones financieras en el mercado para la inversión de sus ahorros, entre otros aspectos, indicándole que con ese fondo obtendría mejores beneficios que en el RPMPD; el 13 de junio de 2008 elevó solicitud de afiliación al ISS la cual le fue contestada el 30 de noviembre de 2009 de manera negativa por contar con menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para la pensión; en el mes de marzo de 2017 PORVENIR S.A le informó que su mesada en el RPMPD sería de \$4.919.400, pero en el RAIS aún no alcanza a acumular el capital necesario; y, sus solicitudes de anulación del traslado de régimen fueron negadas por las demandadas (fls 3-27 y reforma a la demanda fls. 368-391)

CONTESTACION DE LA DEMANDA Y SU REFORMA

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

COLPENSIONES propuso las excepciones de Inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, o trasladar con validez la afiliación a dicho régimen, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión pretendida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica (fls 306-322, subsanación fls 394-397 y reforma fls 408-421)

PORVENIR S.A propuso las excepciones de precisión, 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 32-344 y reforma fls 402-407)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de junio de 2019, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., condenando en COSTAS y agencias en derecho a la parte demandante en cuantía de \$300.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado la apoderada de la actora interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad y en su lugar se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda, por cuanto el fallo proferido va en contra del precedente jurisprudencial de la H. CSJ SL, que ha concluido que el deber de información es un requisito preliminar para declarar como válida la afiliación, y en este caso con el material probatorio se logra determinar que a la demandante no se le suministró una información suficiente, amplia y oportuna conforme lo enseñan los artículos 97 del Dto 693/93 y 12 del Dcto 720/94, esto es, que le permitiera con criterios claros y oportunos tomar una decisión. De otra parte el Despacho desconoció que la carga de la prueba sobre la información brindada le correspondía al Fondo (Art 1604 del CC). Así mismo la sentencia SL 1688/19 tiene decantado que no interesa para la declaratoria de la nulidad tener o no una expectativa legítima de pensión, la que de todas maneras podía haber sido calculada, además que el Fondo no informó por escrito sobre el reglamento del afiliado, ni demostró la capacitación a los asesores y por ello no pudo probar que suministró una adecuada información, haciéndola con tal proceder incurrir en un vicio en el consentimiento.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicitó que se le absuelva de todos y cada uno de los cargos que se formularon en su contra, pues a la demandante le faltan menos de 10 años para ser acreedora de una pensión de vejez por lo tanto no es posible el traslado de régimen, sin que haya acreditado ningún vicio en el consentimiento al momento de su traslado. Entre tanto, la parte actora, insiste en la revocatoria del fallo ya que el fondo demandado no cumplió con el deber de información pues la firma del formulario puede acreditar un consentimiento pero no informado, además, en cuanto a la carga de la prueba, sabido es que si el afiliado alega que no recibió la información corresponde al fondo demostrar que si le brindó una información clara, cierta y comprensible sobre todas las características, beneficios y riesgos del régimen, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, beneficio transicional o si está próximo a pensionarse, siendo imprescriptible el derecho pensional que se afectó con el 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 si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba 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 346 obra copia del formulario de afiliación a PORVENIR S.A diligenciado el 10 de mayo de 2002 con efectividad a partir del 1° de julio de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folios 347 a 349, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Así mismo se recibió el interrogatorio de parte de la representante legal de PORVENIR S.A quien señaló que normalmente los asesores les indican las características del RAIS, específicamente las ventajas, y a la demandante se le dijo que podía tener una pensión más alta que en el RPMPD, sin que para ese momento existiera en un manual para asesores previamente aprobado.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora ELSY LUZ BARRERA 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 la PORVENIR S.A el 10 de mayo de 2002 con efectividad a partir del 1° de julio 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.

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 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 esta instancia a PORVENIR S.A. Se REVOCAN las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de esta demandada.

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 25 de junio de 2019 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por ELSY LUZ BARRERA en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante ELSY LUZ BARRERA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, el 10 de mayo de 2002 con efectividad a partir del 1° de julio de ese año, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del ISS.

TERCERO: CONDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a trasladar a todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus

frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración.

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

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. fijese como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$908.526.00 pesos, en favor de la parte demandante. Se **REVOCAN** las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de dicho fondo. Tásense.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAVIRIA
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. 110013105015201800264-01

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 12 de junio de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **MARCELA PEÑALOZA CRUZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con la C.C No. 38.551.125 de 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 (fls 214vto a 223); así como al Doctor RICARDO JOSÉ AGUIRRE BEJARANO con CC No. 1.018.442.942 de Bogotá y T.P No. 248.736 del CSJ como apoderado de OLD MUTUAL (fls 226 -248).

ANTECEDENTES

MARCELA PEÑALOZA CRUZ, pretende se declare la nulidad del traslado de régimen realizado a la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A el 4 de julio de 2000; y en consecuencia, se condene a OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a tramitar de manera inmediata el regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES, quien deberá recibir los valores de su cuenta individual correspondientes a las cotizaciones al riesgo derivado de la vejez, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 21 de octubre de 1959, cotizó al ISS desde el 15 de mayo de 1991 hasta el 31 de julio de 2000 un total de 471.57 semanas; a partir del 1 de agosto de 2000 se hizo efectivo el traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP SKANDIA hoy OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con la suscripción del formulario que realizó el 4 de julio de 2000; fondo de pensiones que en su momento se limitó a dar una charla general en la que le indicó solo las bondades del RAIS, entre ellas, que su pensión sería más favorable que la del ISS, podía pensionarse a los 55 años, el ISS se iba a acabar y le sería emitido un bono pensional con el salario que tenía al 30 de junio de 1992, sin ninguna otra información ni simulación o proyección de su pensión o cálculos comparativos entre regímenes, por lo que en 2018 elevó solicitudes para retornar al RPMPD sin obtener respuesta de COLPENSIONES (fls 1-15).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A planteó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (fls 78-110)

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y la genérica (fls 167-173)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de junio de 2019, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar nula o inválida la afiliación efectuada

por la demandante el 4 de julio del año 2000 del RPMPD al RAIS a través de SKANDIA hoy representada por OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y como consecuencia de lo anterior ordenó a OLD MUTUAL que traslade los aportes o sumas que obren en la cuenta individual de la actora a COLPENSIONES, quien deberá recibir dichos recursos, y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en su historia laboral teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, absteniéndose de condenar en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad y en su lugar se le absuelva de todas las pretensiones, pues no es dable declarar la nulidad del traslado con las manifestaciones que realiza la demandante sin otro respaldo, lo cual pone en desventaja a los fondos al trasladarles una carga de la prueba basándose solo en afirmaciones subjetivas de los demandante, quienes de manera ventajosa , luego de estar varios años afiliados al RAIS vienen tiempo después a argumentar un vicio en el consentimiento, existiendo pronunciamientos judiciales en segunda instancia que señalan que para lograr la ineficacia del traslado es la actora quien debe demostrar en el proceso la información falaz y equivocada que la llevó a escoger el RAIS, sin que por su simple afirmación pueda trasladar la carga de la prueba a la administradora; de ahí que revisado el material probatorio de este expediente no se encuentra demostrado que se le hubiera entregado información errónea, pues la que se le suministro fue acerca de las características propias del RAIS, no pudiendo prefabricar su propia prueba para beneficiarse de sus resultados; además que su inconformidad radica exclusivamente en cuanto al monto de la pensión lo cual no da lugar a la ineficacia del traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia, pues dentro del proceso los medios de prueba documentales llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, además el asesor suministró toda la información clara y precisa frente a las consecuencias de trasladarse del RPMPD al RAIS, no observándose ningún vicio del consentimiento, desconociendo que los afiliados tienen derecho de escoger libremente a que régimen afiliarse, siendo la demandante quien debe probar que el fondo utilizó maniobras engañosas, por lo que la asesoría que se le brindó al momento de la afiliación tiene que ser valoradas bajo la normatividad vigente a la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del

traslado. Por su parte OLD MUTUAL también insiste en la revocatoria del fallo, toda vez que el traslado se realizó de manera consiente como quedó expresado en el formulario de afiliación el cual cumple con los requisitos establecidos en la ley, siendo que en el momento en que se realizó la afiliación las asesorías se realizaban de manera verbal y no existía obligación alguna de dejarla documentada, cumpliendo de todas maneras con las obligaciones a su cargo, conociendo el actor la información sobre las características del RAIS en tanto recibía los extractos del fondo, sin que fuera obligatorio para la época entregar proyecciones de la mesada pensional, encontrándose el deber de información también en cabeza del demandante.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala 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° 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 111 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a SKANDIA hoy OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS

S.A diligenciado el 4 de julio de 2000, 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 representante legal de OLD MUTUAL quien admitió que para el 4 de julio de 2000 la asesoría no contemplaba la obligación de informar sobre ventajas y desventajas sino acerca de características de uno y otro régimen ni tenía que realizar proyecciones actuariales y, en todo caso, para esa fecha no podía determinarse cuál era la mejor para la demandante; así mismo, la señora PEÑALOZA CRUZ en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar de su afiliación al RAIS, comentó que si bien para ese entonces trabajaba como abogada en la Contraloría General de la República, desconocía el tema pensional y por ello cuando asistió a la reunión grupal que convocaron los asesores del fondo consideró que era una buena opción la afiliación pues fue informada que podía pensionarse a los 50 años, que allí lo que se hacía era un ahorro con ganancias financiera y que el ISS se iba a acabar, desconociendo las desventajas, y si bien se trasladó entre fondos fue porque le ofrecían más bondades, sin que le hicieran comparativos entre regímenes, y cuando quiso trasladarse de régimen no se le permitió. Información grupal que no sólo fue narrada por la demandante sino por los testigos MARIA CAMILA DIAZ FAJARDO y GERMAN SALINAS BELTRÁN quienes manifestaron ser compañeros de la actora y haber estado también presentes en la reunión a la que asistieron alrededor de 25 o 30 personas y no duró más de 25 minutos.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba SKANDIA hoy OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARCELA PEÑALOZA CRUZ 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 SKANDIA hoy OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A el 4 de julio de 2000 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso, sin que las posteriores afiliaciones que en periodos distintos realizó al mismo fondo de fechas 28 de febrero de 2008 y 29 de octubre de 2010, validen por tanto la inicial.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLPENSIONES. Se confirma la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 12 de junio de 2019 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARCELA PEÑALOZA CRUZ en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$908.526. Se confirma la decisión absolutoria de primera instancia.

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. 110013105027201800366-01

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 11 de junio de 2019 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **LIBIA STELLA MORENO OSPINA** 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 como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA identificada con la C.C No. 65.701.747 del Espinal- Tolima y T.P No. 123.148 del CSJ, y al doctor ANDRÉS ZAHIR CARRILLO TRUJILLO con CC No. 1.082.915.789 de Santa Marta y T.P No. 267746 del CSJ como apoderado sustituto en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 162 a 164 y 166.

ANTECEDENTES

LIBIA STELLA MORENO OSPINA, 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., el 1º de octubre de

2003 por haberse configurado el error de hecho; y como consecuencia, se ordene su correspondiente traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, así como la devolución a esta entidad; así como el reconocimiento y pago de la indemnización de perjuicios que estima en 150 SMLMV y las costas del proceso. De manera subsidiaria solicita que se declare que el fondo accionado ha observado falta de gestión en el cumplimiento de sus obligaciones frente al trámite de los bonos pensionales y por tanto debe reconocer y pagar la pensión de conformidad con la modalidad pensional más favorable a partir del 27 de agosto de 2016, así como los perjuicios materiales que se estiman en la suma de \$101.156.146 junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los perjuicios morales que se estiman en la suma de \$150 SMLMV, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 27 de agosto de 1959, cotizó al ISS 1.159.86 desde el 5 de octubre de 1979; al momento del traslado de régimen al RAIS realizado el 25 de agosto de 2003 no se le brindó información sobre las consecuencias jurídicas del mismo, entre la más importante las características del bono pensional y su exigibilidad, la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos, la opción de retracto de la afiliación, las modalidades de renta vitalicia inmediata o diferida y retiro programado, la tasa de reemplazo entre los dos sistemas; omitiendo así informar, vigilar y darle el mejor consejo, motivo por el cual en diciembre de 2017 elevó solicitud de información obteniendo una respuesta evasiva. (fls 1-31).

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

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica (fls 82-94).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de inexistencia de nulidades por no configurarse un vicio en el consentimiento, prescripción y la genérica. (fls 121-130)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de junio de 2019 el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A.; condenó a PROTECCIÓN S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual; ordenó a COLPENSIONES afiliarse nuevamente a la señora LIBIA MORENO al RPMPD y recibir las cotizaciones provenientes de PROTECCIÓN S.A; declaró no probadas las excepciones de prescripción, error de derecho no vicia el consentimiento e inexistencia de la obligación formuladas a por COLPENSIONES y las de prescripción e inexistencia de nulidades por no configurarse un vicio en el consentimiento formuladas por PROTECCIÓN S.A; negó las demás pretensiones y; condenó al fondo demandado al pago de las costas, incluyendo la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revisen todas las ordenes allí impuestas y en su lugar se absuelva de las mismas, pues no era viable que se declarara la ineficacia del traslado con el argumento de no haberle brindado información sobre las ventajas y desventajas, ya que las características de los regímenes se encontraban contempladas en la ley 100 de 1993 y era deber de la demandante conocerlas; siendo que el formulario de afiliación que se allegó es plenamente válido porque era el documento que exigía el Decreto 692 de 1994, para el momento en que se afilió, y con él se da fe que a la actora sí se le suministró la información necesaria, no siendo obligación del fondo dejar constancia escrita de la información brindada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal aunque el apoderado de COLPENSIONES presentó memorial informando que adjunto allegaba sus alegatos, el correo institucional no registra más documentos, de ahí que se tengan por no presentados. Entre tanto, el apoderado de la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia en su totalidad porque quedó acreditado el incumplimiento de las obligaciones de información por la AFP PROTECCIÓN S.A.

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 determinándose si es suficiente para tales propósitos el diligenciamiento del formulario de afiliación, 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 144 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A diligenciado con fecha del 25 de agosto de 2003, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha.

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 por parte de su antecesora PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER 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 LIBIA STELLA MORENO OSPINA 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 antes PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa el 25 de agosto 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

En conclusión, contrario a lo sostenido por la censura, el "consentimiento informado", que se echa de menos de ninguna manera se entiende satisfecho con el simple diligenciamiento del formulario de afiliación a cualquiera de las AFP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de junio de 2019 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LIBIA STELLA MORENO OSPINA 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 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. 110013105016201700375-01

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 Luis Carlos González Velásquez.

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

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 6 de diciembre de 2018 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS FERNANDO SOLER MELLIZO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Doctora JOHANNA ANDREA SANDOVAL CC. No. 38.551.125 De Cali (Valle) y como apoderada sustituta a la doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional - Santander y T.P. No.221.228 del C. S. de la J, en los términos y para los efectos del poder allegado junto con el escrito de alegatos (fls 84vto. a 93).

ANTECEDENTES

LUIS FERNANDO SOLER MELLIZO, pretende que se declare la nulidad del traslado de régimen realizado a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS que estuvo vigente entre julio de 2000 y marzo de 2002, y en consecuencia su afiliación sin solución de continuidad al ISS, o subsidiariamente, que se declare la existencia de la aceptación tácita de su afiliación al ISS a partir de marzo de 2002, en orden a lo cual, se ordene a

COLFONDOS girar a COLPENSIONES las sumas de dinero y sus rendimientos correspondientes a los aportes para pensión que a su favor le consignó su empleadora, y una vez efectuado lo anterior, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez con retroactividad al 29 de octubre de 2011, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, así como el pago del incremento del 14% de la mesada pensional, junto con la indexación, los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 29 de octubre de 1951, es beneficiario del régimen de transición, cotizó al ISS 749.46 semanas entre el 1° de agosto de 1970 y el 30 de junio de 1997, 212.29 entre el 25 de noviembre de 2005 y el 16 de mayo de 2006 registradas parcialmente en su historia laboral y, 104 semanas del 1° de septiembre de 2010 al 30 de agosto de 2012 a través del Consorcio Prosperar; mientras que a COLFONDOS cotizó 90.61 semanas entre el 1° de julio de 2000 y el 1° de abril de 2002, para un total de 1.234.89 semanas; al ingresar a laborar en el año 2000 a la empresa Aerodespachos Colombia S.A se le exigió firmar el formulario de afiliación a COLFONDOS, sin tener contacto alguno con asesores; por lo que en el año 2002 solicitó al ISS su retorno sin obtener respuesta, no obstante su empleador realizó los aportes correspondientes a dicho instituto los cuales no fueron rechazados, pero al reclamar su pensión y luego de presentar una tutela para que se contestara su petición, mediante resolución GNR 202257 del 7 de julio de 2015 COLPENSIONES la negó con el argumento de que se encontraba válidamente afiliado a COLFONDOS, acto frente al que interpuso los recursos de ley los cuales no han sido resueltos; y finalmente relata que su compañera permanente depende económicamente de él. (fls 13-15 y subsanación fls 19-24)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada dio contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos sólo aceptó los relacionados con la edad y el beneficio del régimen de transición del demandante, manifestando no constarle los demás. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica. (fls 36-40 y subsanación de la contestación fls 56-57)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de diciembre de 2018, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a la demanda de todas y

cada una de las pretensiones, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas al actor en la suma de \$200.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia y en su lugar se acceda a sus pretensiones, sustentación que ante sus manifiestas imprecisiones impone a esta Sala la obligación de interpretar que los argumentos del disenso con la determinación del A quo consistieron, principalmente, que era obligación de COLPENSIONES contestar la solicitud de traslado de régimen que le elevó el actor, por lo que al no haber dado respuesta a tal pedimento incurrió en un error gravísimo porque no le dio a conocer los derechos que le asistían relacionados con el procedimiento que debía adelantar; y es que al guardar absoluto silencio faltó a los deberes que tienen las administradoras de pensiones de informar clara, precisa y de manera eficiente cada uno de los aspectos que deben conocer los posibles afiliados para que no cometan errores, por eso, la falta de haberle comunicado al señor SOLER lo indujo a aceptar una decisión que no es válida, como lo fue su afiliación a COLFONDOS, toda vez que al momento de su traslado no recibió una asesoría plena que le evitara tomar decisiones equivocadas, debiendo los jueces desentrañar la verdadera intención de la parte demandante, la que para este caso se contrae a que el afiliado le elevó varias solicitudes de traslado al ISS que no le fueron resueltas oportunamente y tampoco probó ese Instituto haber trasladado al fondo los aportes que recibió del empleador.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante insistió en la revocatoria del fallo de primera instancia para que en su lugar se declare la nulidad de su afiliación a COLFONDOS por serle más favorable, y de manera subsidiaria, que se declare la aceptación tácita de su traslado a COLPENSIONES sin solución de continuidad; ello porque su vinculación a COLFONDOS se trató de una exigencia de su empleador para contratarlo, tal y como lo manifestó en el hecho 4 de su demanda, en la que no hubo asesoría, información ni acompañamiento por parte del ISS; además que frente a su solicitud de afiliación a ésta última administradora que elevó en el año 2002, tan sólo fue contestada en 2011, operando así, por usencia de comunicación o de rechazo, la aceptación tácita, razones todas ellas, entre otras, por las que no puede tenerse como válida la afiliación que se realizó a COLFONDOS, ya que la misma debió ser libre y voluntaria, no pudiendo otorgarse valor probatorio a la historia laboral en cuanto registró la anotación de haber sido devueltos los aportes a COLPENSIONES.

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

CONSIDERACIONES

Punto álgido de la alzada se contrae a determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A, 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, 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)

Aclarado lo anterior, es evidente el dislate en el que incurre la censura cuando traslada el deber de información a la administradora de pensiones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la cual se encontraba afiliado el demandante al 30 de junio del año 2000, que para su caso era el ISS hoy COLPENSIONES, en lugar de considerar que dicho deber recae en el Fondo de Pensiones al que dice que se trasladó a partir del 1º de julio de 2000¹ cuando firmó el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A; de ahí que al no haber convocado a estas diligencias a todas las partes que por acción u omisión son las llamadas a responder por las obligaciones propias de una declaratoria de nulidad de traslado por indebida información al momento de la afiliación, es por lo que se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia que absolvió a la demandada COLPENSIONES de todas las suplicas incoadas en su contra, sobre todo cuando se encontraban supeditadas a la prosperidad de dicha declaratoria.

DE LA AFILIACIÓN TACITA - MULTIAFILIACIÓN

Tratándose de la pretensión subsidiaria, consistente en que se declare que el ISS aceptó tácitamente como su afiliado al señor FERNANDO SOLER por el hecho de recibir los aportes que éste realizó a través de su empleador Aerodespachos Colombia S.A., desde el año 2002 y en adelante, no tiene vocación de prosperidad, por la potísima razón que al no existir pronunciamiento sobre la ineficacia del traslado del actor al RAIS administrado por COLFONDOS, éste se presume válido, situación que a la luz de lo dispuesto en los artículos 15 y 17 del Decreto 692 de 1994 no permite convalidar tales cotizaciones como una afiliación tácita al RMPMD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, ya que tal ordenamiento enseña que una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior, y si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, se le acreditarán en este último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono

¹ Hechos 9 y 10 del escrito de subsanación de la demanda (fl 21)

pensional cuando sea del caso; estando prohibida la múltiple vinculación, sin embargo, cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos, será válida la última vinculación efectuada **“dentro de los términos legales”**. Las demás vinculaciones no son válidas y se procederá a transferir a la administradora cuya afiliación es válida, la totalidad de saldos, en la forma y plazos previstos por la Superintendencia Bancaria.

Entonces, como para el caso del actor se parte del supuesto que su afiliación al RAIS es válida -hasta tanto no se demuestre lo contrario- dado que la misma se realizó el 1° de julio de 2000, los aportes que se realizaron desde el 1° de abril del año 2002² al RPMPD darían lugar a que se presente una multiafiliación, la que como quedó expresado, conduce a declarar que la primera de tales afiliaciones es la válida, toda vez que ante la configuración de una múltiple afiliación, no puede ser válida la última si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley, lo que de suyo impone que al determinarse la verdadera a ella se deben transferir los saldos.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia en su integridad.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. 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 6 de diciembre de 2018 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LUIS FERNANDO SOLER MELLIZO en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Incluyanse como agencias en derecho la suma de \$300.000.00. Las de primera instancia se confirman.

² Relacionados en el resumen de semanas cotizadas por empleador expedido por COLPENSIONES (fls 28)

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. 110013105004201800655-01

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 Luis Carlos González Velásquez.

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

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 24 de julio de 2019 por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANA DELIA ZAMBRANO PINZÓN** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Doctora DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS con CC. No. 52.454.425 de Btâ y T.P. No.121.126 del C. S. de la J., y como apoderada sustituta a la doctora CEIBOLT JULIETH ACUÑA MAYORDOMO con C.C. No.1.023.916.764 de Btâ y T.P. No.272.291 del C. S. de la J, en los términos y para los efectos del poder allegado junto con el escrito de alegatos (fls 262-273). Del mismo modo, se reconoce personería al Doctor ALEJANRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ con CC No. 79.985.203 de Btâ y T.P. 115.849 del C. S. de la J. como apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (fls 278vto- 290).

ANTECEDENTES

ANA DELIA ZAMBRANO PINZÓN pretende que se profieran las siguientes declaraciones y condenas; se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A., por vicio del consentimiento error y dolo, encontrándose válidamente afiliada a COLPENSIONES y por tanto tiene derecho a que los aportes cotizados al RAIS sean trasladados a COLPENSIONES junto con sus respectivos rendimientos; debiendo las demandadas pagar la indexación de las sumas reconocidas y trasladadas hasta el momento de su cancelación, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que actualmente esta afiliada a PORVENIR S.A; nació el 11 de marzo de 1958; al 1° de abril de 1994 contaba con más de 36 años de edad; cotizó al ISS desde 1994 hasta 1995; el 16 de junio de 1994 ser trasladó a PROTECCIÓN S.A por error de información en las condiciones prestacionales; PORVENIR S.A le realizó proyección de su mesada pensional en la suma de un (1) SMLMV; a la fecha cuenta con más de 1217 semanas cotizadas, de las cuales durante los últimos 10 años lo hizo con un salario aproximado de \$2.199.020, por lo que le resultan más favorables las condiciones del RPMPD donde su mesada ascendería a \$1.451.354 y elevó solicitud de traslado de régimen pero le fue negada. (fls 34-38).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES propuso las excepciones de inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica (fls 75-95)

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 161-167)

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 199-214).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de julio de 2019, el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS con PROTECCIÓN S.A, para tenerla válidamente afiliada a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante al RPMPD; y, condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de PORVENIR S.A interpuso recurso para que se revoque, teniendo en cuenta que la afiliación inicial de la demandante fue con PROTECCIÓN y posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A., lo que ratifica su voluntad y consentimiento de permanecer en dicho regimen. Por otra parte, la actora no contaba con una expectativa legítima para el momento del traslado y por ello cualquier calculo o asesoría en 1994 hubiera estado alejada a su realidad laboral, no bastando su sola manifestación sobre la falta de información para tenerla por probada al punto de que con la firma del formulario de afiliación queda desvirtuado que se hubiera incurrido en algún vicio del consentimiento.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES indicó que no resulta procedente que se declare la nulidad del traslado realizado al RAIS por la demandante el 16 de junio de 1994 a través de PROTECCIÓN S.A toda vez que de acuerdo a las pruebas arrimadas al proceso ésta se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consiente y sin presiones el formulario de afiliación, sin haber hecho ninguna salvedad frente a dicho documento, no siendo valido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente. Entre tanto PORVENIR S.A., reitera su solicitud de revocatoria del fallo por cuanto la actora no probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del CC; convalidando los traslados entre fondos su permanencia en el RAIS.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo, si es presupuesto para la declaratoria de la

nulidad contar con una expectativa legítima de pensión; y si el traslado entre fondos y su permanencia en el RAIS permiten tener por válida su afiliación, tales aspectos en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a

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

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

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

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde 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 215 obra copia del

formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A diligenciado el 16 de junio de 1994 con efectividad a partir del 1° de julio de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folios 174-175 y 216, en el que además se verifica que su traslado a PORVENIR S.A se produjo el 31 de enero de 2000 como también se lee en el formulario de afiliación de folio 176, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

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

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 PROTECCIÓN S.A el 16 de junio de 1994 con efectividad a partir del 1° de julio 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, sin que el traslado a PORVENIR S.A que se verificó el 31 de julio de 2000 que es el último fondo al que se encuentra afiliada, validara el inicial, debiéndose por tanto revocar la sentencia de primera

instancia que se abstuvo de declarar la nulidad de la afiliación inicial al RAIS.

Sobre la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, sanee la nulidad de la afiliación inicial, han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Resultan suficientes así las consideraciones efectuadas para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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 24 de julio de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ANA DELIA ZAMBRANO PINZÓN en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO 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 recurrente COLPENSIONES. 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



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL CÁRDENAS
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. 110013105033201700726-01

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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 4 de junio de 2019 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **LIDIA EDITH MUÑOZ NEMOCÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA con CC No. 65.701.747 del Espinal Tolima y como apoderada sustituta a la Dra. CINDY BRILLITH BAUTISTA CARDENAS con CC No. 1.022.361.225 de Btá y T.P No. 237.264 del CSJ en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folios 196-199 y 230-241., así como también se reconoce personería al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ con CC 79.985.203 DE Btá y T. P No. 115.849 del CSJ como apoderado de PORVENIR S.A., conforme al poder obrante a folios 213vto -225.

ANTECEDENTES

LIDIA EDITH MUÑOZ NEMOCÓN, pretende que se declare que BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy SOCIEDAD

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A la asesoró de manera errada e inadecuada sin un análisis juicioso y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicara que se trasladara del ISS el 22 de marzo de 1995 al RAIS, ni que le informó respecto del régimen pensional más conveniente; y en consecuencia, se decreta la nulidad de dicho traslado ordenando a PORVENIR S.A trasladarla al RPMPD administrado por COLPENSIONES junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, entidad esta última que deberá aceptarla; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 10 de mayo de 1963, se afilió al RPMPD el 12 de mayo de 1987, se trasladó al RAIS el 22 de marzo de 1995 a través de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy PORVENIR S.A., quien le indicó que si se trasladaba no perdería ningún beneficio, podría pensionarse antes de los 57 años de edad, tendrá derecho a excedentes de libre disponibilidad y su pensión sería superior a la que recibiría en el ISS; cuenta con un total de 1491 semanas cotizadas; no se le informó que podría retornar al RPMPD; le han sido negadas sus solicitudes de traslado y de nulidad del mismo; de acuerdo a su proyección pensional le resulta más favorable obtenerla con COLPENSIONES; y, ni durante su afiliación ni durante su vinculación fue asesorada adecuadamente. (Fls 2-32).

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 PORVENIR S.A., así como las solicitudes elevadas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica (fls 109-118).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones que denominó como prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 144-150).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de junio de 2019 el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS que hizo a través de la AFP PORVENIR y con esto la afiliación realizada el 22 de marzo de 1995, así como también que la misma actualmente se encuentra afiliada a COLPENSIONES, por lo que ordenó a PORVENIR S.A realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de aquella, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración a COLPENSIONES, quien a su vez debe recibir dichas sumas y reactivar su afiliación; debiendo PORVENIR S.A., pagar las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM asumidas de su propio patrimonio, lo cual incluye las cuotas de administración, conminando a COLPENSIONES a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ello hubiere lugar; declaró no probadas las excepciones planteadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES interpusieron recursos de apelación en los siguientes términos:

PORVENIR S.A., para que se revoque en su totalidad porque se cumplieron los presupuestos de una afiliación libre y voluntaria, sin que la ley exija documento adicional al formulario que diligenció la demandante para acreditar la información que de manera verbal le fue suministrada, información clara y suficiente que no sólo debe contraerse al momento de la afiliación sino durante todas las etapas de la vinculación, habiéndole sido brindada la misma sobre todas las características del RAIS, y que por demás fortaleció con su posterior afiliación en 1998, corroborando con ella su vocación de permanencia al sistema y subsanando cualquier omisión producida en 2003. De otra parte, en cuanto a la carga de la prueba, estima que a quien mejor le quedaba demostrar la información suministrada al momento de la afiliación inicial con HORIZONTE era a la demandante, y en todo caso la jurisprudencia citada por el Juzgado no presenta similitud con este caso porque allí se exigía contar con una expectativa legítima para pensionarse que no es la situación de la actora, quien con la sola proyección de su pensión tampoco probó el perjuicio causado con su traslado, debiendo primar el interés general que propende por la sostenibilidad financiera de los dos regímenes. Subsidiariamente solicita la revocatoria de los ordinales 3 y 5 en lo atinente a los gastos de administración toda vez que fueron cobrados en su beneficio recibiendo rendimientos.

COLPENSIONES, para que sea revocada en su integridad, pues, de una parte, la valoración probatoria realizada por el Aquo respecto del peritaje

rendido sobre la proyección pensional de la demandante no permite evidenciar ningún tipo de error o perjuicio para las partes para la fecha de la afiliación (1995), y sobre esa base no pueden hacerse extensivos pronunciamientos jurisprudenciales recientes que son simplemente criterios auxiliares, además que el perito no hizo referencia de dónde obtuvo la información, sin que la actora hiciera salvedades sobre su vinculación ni probara un vicio en el consentimiento, pese a que tuvo dudas de que existía un eventual perjuicio con su traslado desde que cumplió los 51 años.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal el apoderado de la demandante insistió en la confirmación de la sentencia de primera instancia recordando que cuando se persiga la declaratoria de la ineficacia del traslado inicial se debe aplicar una carga invertida de la prueba a favor del afiliado de ahí que la demostración de a asesoría brindada al momento de la afiliación o traslado de régimen corresponda al fondo, siendo insuficiente el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación. Entre tanto, el apoderado de PORVENIR S.A señala que debe ser revocada la sentencia, ya que en este caso no se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del C.C, sin que se pueda desconocer que las AFP le garantizaron el derecho de retracto durante todo el tiempo de su permanencia, ni disponer la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 113 de la ley 100 de 1993, a lo que se aúna la prohibición de retornar al RPMPD. Últimamente, la apoderada de COLPENSIONES reitera su solicitud de revocatoria del fallo de primera instancia, puesto que la demandante escogió de manera libre y voluntaria el régimen al cual quería estar afiliada, no siendo beneficiaria del régimen de transición y por ello no le es permitido regresar al RPMPD.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para declarar la nulidad ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa legítima de pensión; **iii)** si el traslado entre fondos y/o recibir información durante la vinculación al RAIS sana la nulidad del traslado; **iv)** si la proyección pensional presentada a través de perito tiene incidencia en la declaratoria de nulidad del traslado ordenada por el A quo, en especial lo concerniente a los

perjuicios ocasionados con el mismo; y **v**) si PORVENIR S.A está obligada a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos los gastos de administración. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la 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 tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito

indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde 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 151 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima

media administrado por el ISS a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A diligenciado el 22 de marzo de 1995, con fecha de efectividad del 1° de abril 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. 154vto-166) y el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 152).

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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LIDIA EDITH MUÑOZ NEMOCÓN 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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el 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 HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A diligenciado el 22 de marzo de 1995, con fecha de efectividad del 1° de abril de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación en el que se encuentran preimpresas

manifestaciones como “*la afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otras leyendas similares resulte suficiente para dar por demostrado el deber de información, sino que a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no *informado* (SL19447-2017), ausencia de información que de ninguna manera se entiende igualmente subsanada con la corrección a su historia laboral que efectuó el 18 de diciembre de 2003, ya que lo que se trató allí fue de una simple aclaración en la puso en conocimiento que no fue al ISS sino a la Caja Nacional de Previsión Social a la que había realizado cotizaciones para el periodo comprendido entre el 1° de febrero y el 16 de noviembre de 1989 y entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 1995 (fl 153 vto) y menos aún sana la omisión de marras la consulta que elevó para el cambio de clave en el año 2004 (fl 154), el traslado que se produjo entre los fondos HORIZONTE – PORVENIR (fls 151 vto-152), ya que fue consecuencia de un traslado “automático”, y de todas maneras tampoco se tiene certeza si se le brindó información y el contenido de la misma, ni por supuesto su permanencia en el RAIS, en la medida que ninguna de estas situaciones válida la falta de información inicial 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.

Desde tal panorama, dado que lo que se cuestiona en el presente asunto es la omisión en la que incurrió el fondo demandado de brindar una información clara y concreta a la demandante en el momento en el que esta decidió trasladarse del RPMPD al RAIS, y que la consecuencia de tal omisión no es otra que la declaratoria de la nulidad, es incuestionable que el reproche probatorio del peritaje de los perjuicios causados con el traslado, que eleva en su recurso el apoderado de COLPENSIONES, ninguna incidencia presenta frente a tal declaratoria por la potísima razón que no es presupuesto la causación o no de perjuicios, y si ello es así, en ningún dislate incurrió el A quo cuando basado en esa conducta del fondo resolvió en favor de la demandante, quien lo que pretendió con el peritaje fue aparentemente demostrar que su traslado la perjudicó, sin que esa situación fuera determinante en la sentencia de primera instancia; de ahí que los defectos que le endilga a la prueba pericial carezcan de relevancia en la alzada.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura en sus alegaciones 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.

Últimamente, en vista que la apoderada de PORVENIR S.A se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante distintos al capital y los rendimientos tales como gastos de administración; basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación 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 y CSJ SL4360-2019).”

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES al resultarles desfavorables sus recursos. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de junio de 2019 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LIDIA EDITH MUÑOZ NEMOCÓN en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$908.526 para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105011201700773-01

En Bogotá D.C., hoy 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 y pensión de vejez.

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 10 de junio de 2020 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **SILVIA PATRICIA CERON DE LOS ANGELES** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

SILVIA PATRICIA CERON DE LOS ANGELES pretende se declare nulo su traslado y afiliación a PROTECCIÓN S.A., y, como consecuencia se ordene a dicho fondo trasladar todos los aportes, junto con los rendimientos a COLPENSIONES quien a su vez debe tramitar y concederle la pensión por cumplir con los requisitos, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso. De manera subsidiaria solicita que se declare que su traslado a COLPENSIONES de fecha 25 de julio de 2012 tiene plena validez y aceptación, encontrándose como activa y por tanto le deben ser reconocidas y canceladas las mesadas pensionales previo traslado de PROTECCIÓN S.A de sus aportes.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que cumplió 57 años de edad el 12 de julio de 2017; ha cotizado por más de 30 años; se afilió al ISS el 1° de julio de 1982 a donde cotizó de manera continua hasta el mes de julio de 2002; cuando se afilió al RAIS a través de SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., no se le realizó ninguna asesoría sobre el traslado de régimen pensional, ni una comparación entre los dos existentes, echando de menos información veraz y suficiente; permaneció afiliada hasta el año 2012, ya que el ISS aprobó su traslado desde el 1° de septiembre de ese año, no obstante, en octubre de 2015 fue informada por esa administradora que estaba afiliada en el RAIS aunque recibió los aportes de los años 2012 a 2014, todo porque así lo definió un comité de multivinculación (fls 1-16)

CONTESTACIÓN

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 a dichas administradoras y lo decidido por el comité de multivinculación.

LA 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 alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 77-100).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones que denominó como prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (fls 120-134)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de junio de 2020, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió, declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., suscrita el 26 de junio de 2002; declarar que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS y por tanto, siempre permaneció en el RPMPD; condenar a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado,

sumas adicionales con intereses o rendimientos, gastos que hubiera causado en los términos del artículo 1746 del C.Civil; ordenar a COLPENSIONES admitir el traslado de la señora SILVIA CERÓN con sus aportes al RPMPD; ordenar a COLPENSIONES reconocer la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 en favor de la demandante, en cuantía inicial de \$1.895.360.00, a razón de 13 mesadas al año, más los incrementos de ley; autorizar a COLPENSIONES los descuentos de salud; declarar no probadas las excepciones propuestas; y condenar en costas a PROTECCIÓN S.A incluyendo \$1.000.000 como agencias en derecho.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, los cuales sustentaron en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A., en cuanto a la condena impuesta a girar a COLPENSIONES las sumas adicionales, con intereses y rendimientos, incluso gastos de administración, así como el pago de las costas; pues las sumas adicionales, como lo ha dicho la Superintendencia Financiera, no es consecuencia de la ineficacia del traslado, y los gastos de administración tienen una destinación específica que, pese a la ineficacia, cumplió su cometido en tanto las sumas fueron invertidas para mantener el capital y aumentarlo conforme a la ley, no encontrándose ya en su poder, y en ese orden, tampoco se deben restituir las sumas que pagó por concepto de primas para los seguros previsionales al estar ahora en poder de la compañía aseguradora, por lo que solo se debe disponer el pago de los aportes y los bonos pensionales.

COLPENSIONES, porque no es dable reconocer la nulidad del traslado toda vez que la actora no hizo uso del derecho de retracto, ni se encuentran probados los vicios del consentimiento (error, fuerza, dolo), además que se encuentra incurso en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003 al faltarle menos de 10 años para cumplir los requisitos de pensión y, por consiguiente una orden en tal sentido, descapitalizaría a COLPENSIONES porque nunca contó con los dineros de los aportes y existen diferencias entre los dos regímenes.

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 previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la ausencia de los vicios del consentimiento frente a la información brindada, **ii)** si el no haber hecho uso del derecho de retracto convalida el traslado de régimen, **iii)** 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, **iv)** si PROTECCIÓN S.A está o no obligada a girar a COLPENSIONES, como consecuencia de la declaratoria de nulidad todas las sumas y conceptos ordenados por el A quo tales como sumas adicionales por concepto de primas y gastos de administración) y, **v)** si PROTECCIÓN S.A está obligada al pago de costas, aspectos todos éstos que se abordaran en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS) y en grado jurisdiccional de consulta se verificara si la condena dispuesta a cargo de COLPENSIONES por concepto de pensión de vejez se encuentra ajustada a derecho.

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 folios 135-136 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 26 de junio de 2002, 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. 139-145) y el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 146).

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 SILVIA CERON 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 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 26 de junio de 2002, con fecha de efectividad del 1º de agosto 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 circunstancia de no haber hecho uso del derecho de retracto tenga la entidad de subsanar la nulidad presentada al momento de la afiliación, por la potísima razón que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida, sino que el objeto del litigio se dirigió a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A al momento del

traslado, perdió los beneficios del régimen de transición y por esa vía la pensión. 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.

Últimamente, dado que la apoderada de PROTECCIÓN S.A se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a *“trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, **sumas adicionales** con intereses o rendimientos, **gastos** que hubiera causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil”*; basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación 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 y CSJ SL4360-2019).”

DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Como quiera que el A quo, con ocasión a la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, accedió al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora SILVIA PATRICIA CERON DE LOS ANGELES a cargo de COLPENSIONES en los términos del Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, procede la Sala a revisar en

grado jurisdiccional de consulta si dicha orden se encuentra ajustada a derecho.

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

DE LA CONDENACION 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 apoderada de PROTECCIÓN S.A frente a la condena a ella impuesta por este concepto no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releve de su pago y menos para que se extienda el mismo a quien no se ordenó, 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, lo que también acontece respecto de COLPENSIONES.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los ordinales QUINTO y SEXTO de la sentencia proferida el 10 de junio de 2020 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por SILVIA PATRICIA CERON DE LOS ANGELES en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$908.526 a cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado