



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105022201800164 - 01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA MARÍA URSULA BOLLER
BENITEZ EN CONTRA DE ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D.C. a los veintiséis (26) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

AUTO: Se RECONOCE personería adjetiva al Dr. Nicolás Ramírez Muñoz como apoderado judicial de la demandada COLPENSIONES conforme al poder de sustitución que reposa a folio 148 del plenario.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2019 por el Juzgado 22° Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES:

A través del proceso ordinario laboral en referencia, la demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación en pensión al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1 de mayo de 1994 a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., por el incumplimiento del deber legal de información,

en consecuencia, que se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes y rendimientos que hagan parte de la cuenta individual de la demandante sin descontar los gastos de administración, además se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, facultades ultra y extra petita, costas y agencias procesales, de forma subsidiaria; declarar que no tuvo libertad de selección informada, en consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. cancelar la diferencia de la mesada que hubiere recibido en el régimen de prima media con prestación definida frente a la recibida en el RAIS. (folios 35-37)

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 22 de noviembre de 1965, que estuvo vinculada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 30 de mayo de 1984 hasta el 30 de abril de 1994, cotizando un total de 517.17 semanas, que el 1 de mayo de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., informa que la asesoría previa, durante y con posterioridad a la afiliación fue realizada por un promotor comercial y no por un actuario o profesional especializado en el tema pensional, que lo indicado fue que tendría una mesada pensional superior en el RAIS, omitiéndose informar sobre las consecuencias del traslado, que para el 6 de enero de 2018 ya contaba con un total de 1.097 semanas cotizadas, que el 4 de agosto de 2017 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando aceptar la nulidad de la afiliación, que se contestó por la entidad indicando que no era posible el traslado dado que se encontraba a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional. (Folios 37-40).

Con auto del 13 de mayo de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte de las demandadas (folio 132).

AFP PROTECCIÓN S.A., en su respuesta, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, para lo cual indicó; que la entidad tiene establecido un procedimiento de capacitación dirigido a los asesores comerciales, con el fin de garantizar la toma de decisión de los afiliados, emitiendo una información objetiva, veraz, suficiente y oportuna, que la demandante solicitó su traslado a través de formulario el 11 de abril de 1994 en el cual se corrobora que su traslado se dio de manera voluntaria, libre y sin presiones.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó; validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, innominada o genérica. (Folios 77-86).

COLPENSIONES, en su respuesta, también se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; señaló que no hay lugar al traslado de

la demandante al régimen de prima media con prestación definida en razón a que para el 1 de abril de 1994 no contaba con 15 años cotizados, además que cuenta con menos de 10 años para obtener su derecho pensional, que tampoco hizo uso de su derecho de retracto, solicitando se nieguen todas sus pretensiones y en consecuencia se absuelva.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. (Folios 103 a 122).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de septiembre de 2019, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, emitió sentencia en la que resolvió; declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, ordeno a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración quien está en obligación de recibirlos y efectuar el reajuste en la historia pensional. (Folios 138-139).

Para llegar a la anterior decisión, el Juez de instancia manifestó lo siguiente: que los fondos de pensiones están obligados a prestar de forma eficiente los servicios, por lo que se debe suministrar amplia información al momento del traslado, teniendo la obligación de indicarle a la afiliada las consecuencias de su traslado, que se evidencia la falta al deber de información, siendo procedente declarar la nulidad del traslado.

De los recursos de apelación interpuestos por las demandadas

Respecto a la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación. Así se expresó: que no se encuentra de acuerdo con lo establecido en primera instancia en cuanto a la no autorización para realizar los descuentos por cuotas de administración, en razón; a que se cobra para ministrar el aporte que ingresa a la cuenta del afiliado, descontándose un 3%, lo cual está plenamente autorizado por la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, además que los artículo 17 al 46 del Código Civil los cuales establecen los efectos de la declaratoria de nulidad con el fin de que se restituya al estado original la situación, sin que se vean afectados los aportes, dado que se remiten los interés y frutos que son superiores al aportes recibido por el afiliado, por lo que solicita se revoque dicho punto.

De otro lado, la demandada COLPENSIONES expresa su inconformidad respecto a la sentencia de primera instancia de la siguiente manera: Solicita que se revoque la providencia y en consecuencia se absuelva a

COLPENSIONES, ya que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 100 de 1993 en la que se encuentra a menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, además indica que se afecta la estabilidad económica y financiera de la entidad ante la declaratoria de la nulidad.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el correspondiente traslado la parte demandante solicita se confirme la sentencia, respetándose el precedente jurisprudencia establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral al respecto, por su parte la demandada COLPENSIONES que la sentencia proferida en esta instancia tenga carácter absolutorio, argumentando que los parámetros establecido por la CSJ no son aplicables, por último, la demandada AFP PROTECCIÓN S.A. guardo silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso.

Problema jurídico:

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados en la sustentación de los recursos de apelación. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, verificando las consecuencias para la demandada COLPENSIONES, si es necesario que la demandante cuente con 10 o más años para poder ser admitida nuevamente el régimen de prima media con prestación definida y por último, si AFP PROTECCIÓN S.A. debe ser autorizada para descontar el porcentaje de gastos de administración de los aportes pensionales de la demandante. Lo anterior, dando cumplimiento a lo establecido por el Legislador en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

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 demandante.

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

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

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

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

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.

Es así como, esta Corporación no puede admitir el argumento del apoderado de COLPENSIONES al considerar que la demandante señora Ana Boller Benítez no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida, por encontrarse incurso en una prohibición legal como

lo es tener menos de 10 años para adquirir su derecho pensional (art. 13 literal e de la Ley 100 de 1993), toda vez que no se está frente al tema de un simple traslado entre regímenes, dado que el objeto de estudio, es decir, el tema real de discusión, emanaba de la falta y debida información y asesoría sobre las consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual, que debían ser analizados de manera exhaustiva por el operador judicial, situación planteada por la parte demandante con el escrito de la demanda, a la que además se limitó el Juez de primera instancia estudiar, evidenciándose que el apoderado de la parte demandada COLPENSIONES trae a colación una norma que no corresponde aplicar conforme a lo pretendido en la demanda y la fijación del litigio, es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional porque la demandante no recibió la información adecuada, completa y veraz sobre su situación pensional al momento de tomar tal determinación.

Al respecto, en sentencia CSJ SL2611-2020, se dijo;

“Contrario a lo inferido por el juzgador de segunda instancia en su fallo, el engaño o vicios del consentimiento no pueden estar atados en estos casos, al hecho de que la asegurada esté próxima a pensionarse, tenga alguna expectativa legítima de acceder a ese derecho prestacional, o haya cumplido uno de los requisitos para ello, como erradamente lo sostuvo, sino que se deriva, de la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional.”

Ahora bien, respecto a la estabilidad económica y financiera que le preocupa a COLPENSIONES, lo cierto es que su estabilidad fiscal no se ve afectada, dado que los recursos que deben reintegrar la AFP PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES, serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional de la demandante Ana Boller Benítez con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, descartándose que se generen contingencias no previstas, así fue considerado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2877-2020.

Sobre el reintegro de valores recibidos por la AFP a título de cuotas de administración y comisiones

Sea lo primero indicar que fue acertada la decisión tomada en primera instancia al imponer a AFP PROTECCIÓN S.A. retornar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la señora Ana María Ursula Boller Benítez, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Ello en razón, a que es una consecuencia lógica consagrada en el artículo 1746 del Código Civil, pues las cosas deben volver a su estado inicial, como si el traslado de Ana María Ursula Boller Benítez a la AFP PROTECCIÓN S.A. nunca se hubiese dado.

Así lo expuso, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2877-2020 proferida el 29 de julio de 2020 por la Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en los siguientes términos;

*“...En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, **cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.***

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del **derecho pensional.**” (Negrilla fuera de texto)*

En atención a lo expuesto, se confirma la sentencia del 18 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá. Costas de esta instancia a cargo de las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES cada una en la suma de \$600.000.00 pesos. Se confirman las de primera instancia.

DECISIÓN

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,

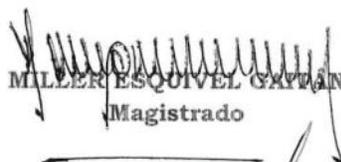
RESUELVE

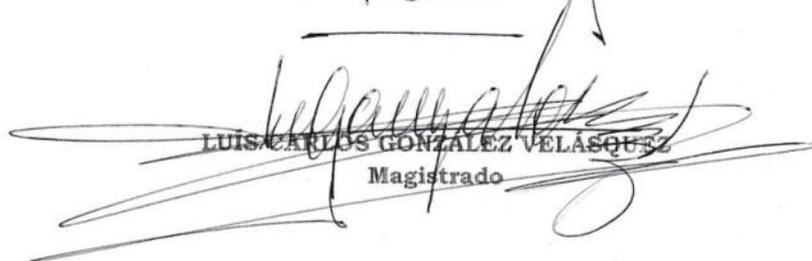
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 18 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá; promovida por ANA MARÍA URSULA BOLLER BENÍTEZ en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PROTECCIÓN S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES cada una en la suma de \$600.000.00 pesos. Se confirman las de primera instancia, dadas las resultados del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105016201800305 - 01

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS JULIO ARIAS PÉREZ EN CONTRA DE ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D.C. a los veintiséis (26) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

AUTO: Se RECONOCE personería adjetiva a la Dra. Alida Del Pilar Mateus Cifuentes como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, conforme al poder allegado al plenario (Folio 128 vuelto).

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 26 de agosto de 2019 por el Juzgado 16° Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES:

A través del proceso ordinario laboral en referencia, la demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación en pensión al régimen de ahorro individual con solidaridad el 30 de agosto de 1999 a través de la AFP PORVENIR S.A., en consecuencia, que se condene a AFP PORVENIR S.A. a trasladar los aportes existentes en la cuenta individual de la

demandante, además se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, facultades ultra y extra petita, costas y agencias procesales. (folio 17)

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 25 de diciembre de 1957, que cotizó al ISS el 18 de marzo de 1988 un total de 572.43 semanas, que el 30 de agosto de 1999 suscribió formulario de traslado con la AFP PORVENIR S.A., que no recibió asesoría al momento del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, como tampoco se establecieron las consecuencias de tal decisión y las diferencias entre uno y otro régimen, que AFP PORVENIR S.A. el 4 de abril de 2017 realiza simulación pensional arrojando una mesada pensional por valor de \$2.301.500.00 pesos con un ingreso base de liquidación de \$9.284.729.00 pesos, aplicándose una tasa de reemplazo del 65.3%, que el 26 de marzo de 2018 solicitó a COLPENSIONES aceptar el traslado de aportes efectuados en la cuenta de ahorro individual, en esa misma fecha se informa de la imposibilidad de aceptar lo solicitado. (Folios 18-19).

Con auto del 2 de julio de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte de las demandadas (folio 94).

AFP PORVENIR S.A., en su respuesta, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, para lo cual indico; que es improcedente la solicitud de nulidad de traslado de régimen por cuanto la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento, lo cual puede ser corroborado con la solicitud de afiliación a quien además se le otorgo la asesoría correspondiente.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica. (Folios 86-93).

COLPENSIONES, en su respuesta, también se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; señaló que la afiliación del demandante tiene plena validez y legalidad, dado que no se probó ninguna causal de nulidad, existiendo la voluntad del demandante de trasladarse de régimen, nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse, además cuenta con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional lo que hace imposible el traslado de régimen.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, innominada o genérica. (Folios 38 a 43).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de agosto de 2019, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, emitió sentencia en la que resolvió; declarar la ineficacia del traslado del señor Carlos Arias Pérez a la AFP PORVENIR S.A. realizado el 30 de agosto de 1999, en consecuencia trasladar a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora entre otros, con sus frutos e intereses, sin que se descuenten sumas por concepto de administración, condeno a COLPENSIONES a reactivar la afiliación del demandante Carlos Julio Arias Pérez. (Folios 117-118).

Para llegar a la anterior decisión, el Juez de instancia manifestó lo siguiente: se concluye que en el presente caso no se demuestra por la AFP PORVENIR S.A. la asesoría que le brindo al demandante para que realizara su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que, se incumplió con el deber de información resultando prosperas las pretensiones incoadas.

De los recursos de apelación interpuestos por las demandadas

Respecto a la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la demandada AFP PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación. Así se expresó: que se hace referencia al literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en donde se establece la libertad de escogencia de régimen, omitiendo la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 de no generar una descapitalización del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues esto debía estudiarse antes de haberse declarado la nulidad y hacer un análisis de la carga dinámica de la prueba a cargo de la AFP PORVENIR S.A., sin que se tuviera en cuenta que en primera fase no tenía a cargo la responsabilidad de documentar el traslado de los posibles afiliados, ya que la información se le otorgo al demandante de forma verbal, en consecuencia, solicita revocar y absolver a la entidad de todas las pretensiones incoadas en su contra.

De otro lado, la demandada COLPENSIONES expresa su inconformidad respecto a la sentencia de primera instancia de la siguiente manera: que el señor Carlos tenía la voluntad de trasladarse de régimen por lo que no procede la nulidad del traslado, además que el demandante no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no puede hacerse una extensión del precedente jurisprudencial, además apoya los argumentos del apoderado de la demandada AFP PORVENIR S.A. y los reitera indicando que si bien se debía cumplir con el deber legal de información, lo cierto es que no era necesario documentarse para dicha data, afirmando que el demandante al rendir su declaración omite informar lo que realmente se le indico por el asesor de la AFP al momento del traslado, hace referencia a que informo al despacho que en 15 minutos se le dio la información pertinente, considerando que era tiempo suficiente para

indicarse las consecuencias y demás del traslado, que inclusive en un minuto el asesor comercial que representaba la AFP privada hubiese podido cumplir con el deber de información.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el correspondiente traslado la parte demandante solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia, por su parte la demandada COLPENSIONES solicita sea revocado el fallo de primera instancia, al considerar que no es procedente el traslado de régimen, por último la demandada AFP PORVENIR S.A. guardo silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso.

Problema jurídico:

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados en la sustentación de los recursos de apelación. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, verificando las consecuencias para la demandada PORVENIR S.A. en cuanto a lo que denomino descapitalización del régimen, así como lo referente a la carga dinámica de la prueba, la voluntad del demandante para la realización del traslado y si era necesario que fuera beneficiario del régimen de transición. Lo anterior, dando cumplimiento a lo establecido por el Legislador en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

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 el 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 demandante.

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

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

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

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

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.

Es así como, esta Corporación no puede admitir el argumento del apoderado de AFP PORVENIR S.A. al considerar una descapitalización del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cierto es que su estabilidad fiscal no se ve afectada, dado que los recursos que deben reintegrar son los aportados por el mismo afiliado o su empleador, los que simplemente deben ser devueltos ante la falta de su deber legal de informar, pues dichos aportes serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional del demandante Carlos Arias Pérez con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, descartándose que se generen contingencias no previstas, así fue considerado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2877-2020.

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 los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

En cuanto 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, sin que pueda ser de recibo el alegato de la apoderada de COLPENSIONES al manifestar que en menos de un minuto al afiliado se le indicaron de forma verbal los beneficios y consecuencias de ambos regímenes, ante la confesión del demandante al haber indicado que el trámite del traslado tomo 15 minutos, tiempo del cual se considera que tampoco es suficiente ya que las proyecciones a futuro del monto de su derecho pensional en uno u otro régimen no toman un cuarto de hora para realizarse y explicarse, sin tener en cuenta que debía indicarse las características de cada uno de los regímenes, así como los beneficios y las consecuencias.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 7 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media al FONDO DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 30 de agosto de 1999 con fecha de efectividad del 1 de septiembre de ese mismo año, prueba que en principio resulta manifestar la voluntad del afiliado, sin embargo, de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma clara, suficiente, comprensible y amplia.

Aun cuando PORVENIR S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al momento de la afiliación era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor CARLOS JULIO ARIAS PÉREZ asesoría suficiente en cuanto: **(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 y **(iii)** las características de cada uno de los regímenes.

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 el demandante a PORVENIR S.A el 30 de agosto de 1999 con efectividad a partir del 1 de septiembre de ese mismo año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

En atención a lo expuesto, se confirma la sentencia del 26 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Deciséis Laboral del Circuito de Bogotá. Costas de esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y

COLPENSIONES cada una en la suma de \$600.000.00 pesos. Se confirman las de primera instancia.

DECISIÓN

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,

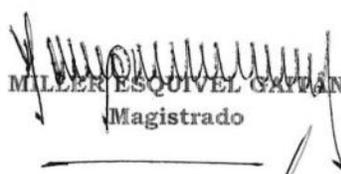
RESUELVE

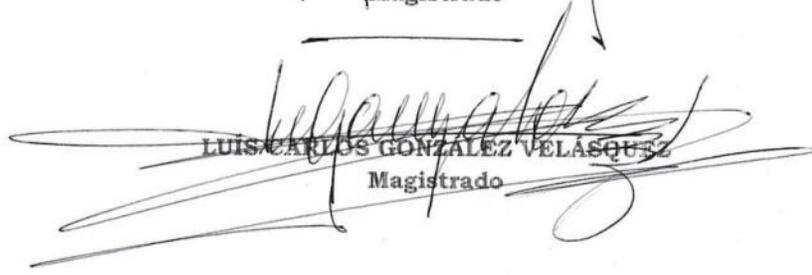
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 26 de agosto de 2019 por el Juzgado Dieciseis Laboral del Circuito de Bogotá; promovida por CARLOS JULIO ARIAS PÉREZ en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES cada una en la suma de \$600.000.00 pesos. Se confirman las de primera instancia, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


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. 110013105030201800407 - 01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HIPOLITO GUZMAN CUELLAR EN
CONTRA DE ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

En Bogotá D.C. a los veintiséis (26) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver los recursos de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida el 26 de agosto de 2019 por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES:

A través del proceso ordinario laboral en referencia, el demandante pretende se declare ineficaz la afiliación en pensión al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 19 de junio de 1996 a través de la AFP PORVENIR S.A. por faltar al deber de información, en consecuencia, que se condene a AFP PORVENIR S.A. a trasladar los aportes existentes en la cuenta individual de la demandante, se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida y

actualizar la historia laboral, facultades ultra y extra petita, costas y agencias procesales. (folio 25)

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 19 de abril de 1957, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES de manera ininterrumpida entre el 8 de septiembre de 1975 al 30 de junio de 1996 acumulando un total de 807.43 semanas, que el 19 de junio de 1996 solicitó traslado de régimen a través de la AFP PORVENIR S.A., cotizando en el RAIS a partir del 1 de julio de 1996, que al momento del traslado no se prestó ninguna asesoría, ni se efectuaron proyecciones, tampoco se indicaron las consecuencias del traslado, por el contrario se manifestó que ISS iba a desaparecer, que para el 3 de abril de 2018 acredita un total de 1.054 semanas cotizadas con PORVENIR S.A., contando con un total de 1.861.43 semanas, que el 21 de marzo de 2018 presentó petición ante PORVENIR S.A. solicitando las proyecciones al momento del traslado, se respondió indicando que no contaba con los documentos de los soportes de la asesoría brindada al momento del traslado, que el 20 de abril de 2018 solicitó se declare ineficaz la afiliación en razón a que no se brindó una asesoría adecuada afectando a futuro el monto de la mesada pensional que le hubiera correspondido en el régimen de prima media con prestación definida y en esa misma fecha también se solicitó ante COLPENSIONES el traslado, peticiones que fueron negadas por ambas entidades. (Folios 25-26).

Con autos del 26 de octubre de 2018 y 16 de enero de 2019, se tuvo por contestada la demanda por parte de las demandadas (folios 69 - 100).

AFP PORVENIR S.A., en su respuesta, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, para lo cual indicó; que es improcedente la solicitud de ineficacia de la afiliación al RAIS por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento, al contrario esta precedido de todos los requisitos legales para su validez, que en cuanto a la asesoría pensional para la fecha de la solicitud del traslado que lo fue el 19 de junio de 1996 no existía la obligatoriedad para las AFP documentar la asesoría, por último, que los precedentes jurisprudenciales no pueden ser aplicados, toda vez que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, ni tenía un derecho adquirido, ni siquiera una expectativa legítima.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica. (Folios 73-79).

COLPENSIONES, en su respuesta, también se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; señaló que el afiliado cuenta con menos de 10 años para adquirir su derecho pensional lo que hace inviable su traslado de régimen.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, innominada o genérica. (Folios 45 a 54).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de agosto de 2019, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, emitió sentencia en la que resolvió; declarar la ineficacia del traslado que hizo el demandante a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. con efectividad a partir del 1 de agosto de 1996, mediante formulario de afiliación del 19 de junio de 1996, se declaró válidamente vinculado a COLPENSIONES, se condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual del demandante junto con rendimientos y costos cobrados por concepto de administración, debidamente indexados, ordeno a COLPENSIONES actualizar la historia laboral. (Folios 113-114).

Para llegar a la anterior decisión, el Juez de instancia manifestó lo siguiente: que es consecuente declarar la ineficacia, dado que no hubo un consentimiento informado para el traslado del demandante, pues se faltó al deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., que la demandada no probó haber otorgado la información de forma veraz, necesaria, clara y oportuna, en la que acredite haber informado de las consecuencias de un traslado.

Del recurso de apelación interpuesto por la demandada PORVENIR S.A.

Respecto a la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la demandada AFP PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación. Así se expresó: que no es propio asegurar que no se otorgó la información al demandante, cuando en el mismo interrogatorio de parte éste acepto no recordar lo informado por el asesor de la AFP, además es evidente la actitud de negligencia y descuido al no preocuparse por su futuro pensional, pues solo cuando se encuentra cerca la fecha para adquirir su derecho pensional es que se preocupa. Aunado a ello, que el traslado no estaba imposibilitado, toda vez que no era beneficiario del régimen de transición, no contaba con derechos adquiridos, ni siquiera con una expectativa legítima.

Ahora bien, en caso de determinarse que es procedente la nulidad del traslado al RAIS Y como esta figura consagra que las cosas deben volver a su estado anterior, debería ordenarse el traslado de aportes pensionales con su respectiva indexación, sin que se tengan que reconocer frutos o rendimientos obtenidos del ejercicio que realizó el fondo pensional o por lo menos debería asumir los gastos de administración.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el correspondiente traslado la parte demanda COLPENSIONES solicita sea revocado en fallo proferido en primera instancia para lo cual reitera que no es procedente el traslado de régimen solicitado por la parte demandante, las demás partes guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso.

Problema jurídico:

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados en la sustentación del recurso de apelación. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, verificando las consecuencias para la demandada PORVENIR S.A. en cuanto a la carga dinámica de la prueba, y si era necesario que fuera beneficiario del régimen de transición, tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima, además establecer lo pertinente a la devolución de frutos e interés recibidos en la cuenta individual de ahorro, así como lo referente a los gastos de administración. Lo anterior, dando cumplimiento a lo establecido por el Legislador en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

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 el 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 demandante.

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.

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 los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en 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.»** (Negrilla fuera de texto)*

En cuanto 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, sin que pueda ser de recibo el alegato de la apoderada de PORVENIR S.A. al manifestar que al afiliado se le indicaron de forma verbal los beneficios y consecuencias de ambos regímenes, ante la confesión del demandante al haber indicado que no recuerda lo expresado por el asesor de PORVENIR S.A., lo cierto es que en estos casos son necesarias las proyecciones a futuro del monto del derecho pensional en uno u otro régimen, pues solo de esa forma se colocaba en conocimiento real al afiliado, además de que debían indicarse las consecuencias del traslado, y ante ello muy seguramente éste no habría tomado la decisión de trasladarse, es más lo que si recuerda es que AFP PORVENIR S.A. a través de su asesor aseguro la extinción del ISS como si los aportes realizados hasta ese momento por el demandante se perdieran, lo que evidentemente conforma la tesis de la falta del deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 6 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media con HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 19 de junio de 1996, prueba que en principio resulta manifestar la voluntad del afiliado, sin embargo, de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma clara, suficiente, comprensible y amplia.

Aun cuando PORVENIR S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al momento de la afiliación era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor HIPOLITO GUZMAN CUELLAR asesoría suficiente

en cuanto: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, **(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 y **(iii)** las características de cada uno de los regímenes.

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 o ineficaz 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 el demandante a PORVENIR S.A el 19 de junio de 1996 con efectividad a partir del 1 de agosto de ese mismo año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Sobre el reintegro de valores recibidos por la AFP a título de cuotas de administración y comisiones

Sea lo primera indicar que fue acertada la decisión tomada en primera instancia al imponer a AFP PORVENIR S.A. retornar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del señor Hipólito Guzmán Cuellar, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Ello en razón, a que es una consecuencia lógica consagrada en el artículo 1746 del Código Civil, pues las cosas deben volver a su estado inicial, como si el traslado de Hipólito a la AFP PORVENIR S.A. nunca se hubiese dado.

Así lo expuso, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en

sentencia SL2877-2020 proferida el 29 de julio de 2020 por la Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en los siguientes términos;

*“...En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, **cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.***

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.” (Negrilla fuera de texto)

En atención a lo expuesto, se confirma la sentencia del 26 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá. Costas de esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. en la suma de \$1.000.000.00 pesos. Se confirma las de primera instancia.

DECISIÓN

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 26 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá; promovida por HIPOLITO GUZMAN CUELLAR en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. en la suma de \$1.000.000.00 pesos. Se confirman las de primera instancia, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


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. 110013105030201800329 - 01**

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NUBIA ESPERANZA AGUILAR VIVAS EN CONTRA DE ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.

En Bogotá D.C. a los veintiséis (26) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

AUTO: Se RECONOCE personería adjetiva al Dra. Alida Del Pilar Mateus Cifuentes como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, conforme al poder que obra a folio 146 vuelto.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2019 por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES:

A través del proceso ordinario laboral en referencia, la demandante pretende se declare nulidad de la afiliación en pensión al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 22 de agosto de 1999 a través de la AFP COLFONDOS S.A. por faltar al deber de información, en consecuencia, que se condene a AFP COLFONDOS S.A. a trasladar los aportes existentes en la cuenta individual de la demandante, se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, facultades ultra y extra petita, costas y agencias procesales. (folio 46)

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que se trasladó a COLFONDOS S.A. el 22 de agosto de 1999, que el asesor comercial no le brindó la información, clara, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas, solo menciona algunas ventajas y guardó silencio, que nació el 20 de abril de 1962, que cuenta con un total de 1.302 semanas, que presentó derecho de petición el 27 de febrero de 2018 ante COLPENSIONES solicitando la nulidad del traslado al RAIS, que guardó silencio. (Folios 46-47).

Con auto del 27 de septiembre de 2018, se tuvo por contestada la demanda por parte de las demandadas (folio 127).

AFP COLFONDOS S.A., en su respuesta, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, para lo cual indicó; que la demandante haciendo uso de su libertad de traslado, suscribió y efectuó aportes al régimen de ahorro individual, que el traslado fue válido por cumplir con los requisitos legales, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, que la demandante no hizo uso de la posibilidad de traslado al RPM de forma oportuna.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó; validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A., innominada o genérica. (Folios 106-112).

COLPENSIONES, en su respuesta, también se opuso a las pretensiones o manifestó su improcedencia, señaló que no hay lugar al traslado solicitado, teniendo en cuenta que el mismo se realizó por voluntad y consentimiento de la demandante, en consecuencia, solicita la absolución.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denomino; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, innominada o genérica. (Folios 63 a 70).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de agosto de 2019, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, emitió sentencia en la que resolvió; declarar nulo e ineficaz el traslado de régimen que hizo la demandante del ISS a COLFONDOS S.A. el 22 de agosto de 1999, declaro que esta válidamente vinculada a COLPENSIONES, condeno a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposen en la cuenta individual de ahorro de la demandante, junto con los rendimientos y costos cobrados por concepto de administración, ordeno a COPENSIONES actualizar la historia laboral de la demandante. (Folios 137-138).

Para llegar a la anterior decisión, el Juez de instancia manifestó lo siguiente: que al no haberse dado un consentimiento debidamente informado es procedente el traslado, pues no solo debía conocerse los beneficios del RAIS, sino también los beneficios del RPM, debiendo la AFP COLFONDOS acreditar que dio la información oportuna y necesaria, sin embargo, no lo hizo.

Del recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES

Respecto a la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación. Así se expresó: que el traslado de la demandante se presume de manera libre y voluntaria, que no se evidencia la mala fe de la AFP COLFONDOS, que además la demandante se encuentra a menos de 10 años para cumplir el status de pensionado, transcurriendo más de 15 años desde su traslado sin que hubiera requerido información, que no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no perdió ningún beneficio al haberse trasladado, por último, manifestó en declaración extra juicio saber que podría pensionarse antes de tener la edad requerida en la norma en el RAIS, con lo que claramente se deduce que conocía del monto de su prestación en dicho régimen, constándole además los beneficios de uno u otro régimen, en consecuencia solicita se absuelva de la condena impuesta.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el correspondiente traslado la parte demandada COLPEBNSIONES solicita se revoque el fallo de primera instancia, al considerar que no es procedente el traslado de régimen, como tampoco que

se de aplicación al precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral. De otra parte, los demás intervinientes en el proceso guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso.

Problema jurídico:

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados en la sustentación del recurso de apelación. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por el COLFONDOS S.A., para lo cual debe verificarse lo concerniente a la voluntad de la demandante, el hecho de que tenga menos de 10 años para adquirir su derecho pensional, si era necesario que fuera beneficiaria del régimen de transición, y lo concerniente a la declaración extra juicio mencionada. Lo anterior, dando cumplimiento a lo establecido por el Legislador en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

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 el 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 demandante.

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.

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 los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en 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.»*** (Negrilla fuera de texto)

En cuanto 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, sin que pueda ser de recibo el alegato de la apoderada de COLPENSIONES al manifestar que con la declaración extra juicio obrante a folios 43-44 la demandante acepto conocer las características de uno y otro régimen, pues allí se transcribió;

“El asesor en mención me convenció señalándome que el régimen de ahorro individual:

- 1. Me podía pensionar antes de lo previsto por el **régimen de prima media con prestación definida**, sin interferir con el monto de la mesada pensional, esto es, que me podía pensionar con la misma mesada pensional sin llegar a cumplir la edad mínima exigida.”.* (Resaltado por la Sala)

Así las cosas, es evidente que con la afirmación de la demandante en su declaración extra juicio la AFP COLFONDOS solo se limitó a indicar los beneficios del RAIS, mal podría concluirse que con dicha afirmación conoce no solo los beneficios del RAIS sino también los del RPM y sus consecuencias. Máxime, cuando la demandante en su declaración se refiere al beneficio del RAIS, pero menciona al RPM con lo que se puede concluir que la señora Nubia Aguilar no distinguía entre uno y otro régimen.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 4 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media con AFP COLFONDOS S.A diligenciado el 22 de agosto de 1999, prueba que en principio resulta manifestar la voluntad de la afiliada, sin embargo, de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma clara, suficiente, comprensible y amplia.

Aun cuando COLFONDOS S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al momento de la afiliación era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora NUBIA ESPERANZA AGUILAR VIVAS asesoría suficiente en cuanto: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, **(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 y **(iii)** las características de cada uno de los regímenes.

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 o ineficaz 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 el demandante a COLFONDOS S.A el 22 de agosto de 1999 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, recayendo la condena específicamente en la demandada COLFONDOS S.A. y no COLPENSIONES, quien solo debe recibir los aportes trasladado para el financiamiento a futuro de una prestación pensional en favor de la de la demandante, actualizando con ello la historia laboral de la misma, es más precisamente del estudio realizado por el A quo y la decisión tomada, no surge condena por costas o agencias en derecho a cargo de COLPENSIONES.

Por último, esta Corporación no puede admitir el argumento de la apoderada de COLPENSIONES al considerar que la demandante señora

Nubia Esperanza no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida, por encontrarse incurso en una prohibición legal como lo es tener menos de 10 años para adquirir su derecho pensional (art. 13 literal e de la Ley 100 de 1993), toda vez que no se está frente al tema de un simple traslado entre regímenes, dado que el objeto de estudio, es decir, el tema real de discusión, emanaba de la falta y debida información y asesoría sobre las consecuencias del traslado al régimen de ahorro individual, que debían ser analizados de manera exhaustiva por el operador judicial, situación planteada por la parte demandante con el escrito de la demanda, a la que además se limitó el Juez de primera instancia estudiar, evidenciándose que la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES trae a colación una norma que no corresponde aplicar conforme a lo pretendido en la demanda y la fijación del litigio, es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional porque la demandante no recibió la información adecuada, completa y veraz sobre su situación pensional al momento de tomar tal determinación.

Al respecto, en sentencia CSJ SL2611-2020, se dijo;

“Contrario a lo inferido por el juzgador de segunda instancia en su fallo, el engaño o vicios del consentimiento no pueden estar atados en estos casos, al hecho de que la asegurada esté próxima a pensionarse, tenga alguna expectativa legítima de acceder a ese derecho prestacional, o haya cumplido uno de los requisitos para ello, como erradamente lo sostuvo, sino que se deriva, de la falta de la debida información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional.”

En atención a lo expuesto, se confirma la sentencia del 20 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá. Costas de esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES en la suma de \$500.000.00 pesos ello en virtud a que no prospera el recurso de apelación interpuesto en esta instancia. Se confirman las de primera instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 20 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá; promovida por NUBIA ESPERANZA AGUILAR VIVAS en contra de ADMINISTRADORA

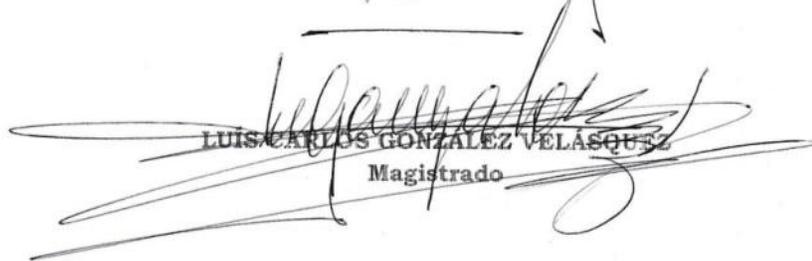
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES en la suma de \$500.000.00 pesos ello en virtud a que no prospera el recurso de apelación interpuesto en esta instancia. Se confirman las de primera instancia dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER 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. 110013105029201700468 - 01

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SHAHNAZ PARTOWINIA EN CONTRA DE ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D.C. a los veintiséis (26) días del mes de febrero de dos mil veintiuno (2021), día previamente señalados para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

AUTO: Se RECONOCE personería adjetiva a la Dra. Alida Del Pilar Mateus Cifuentes como apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES, conforme al poder que obra a folio 208 vuelto.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 20 de agosto de 2019 por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES:

A través del proceso ordinario laboral en referencia, la demandante pretende se declare nulidad de la afiliación en pensión al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. por faltar al deber de información, en consecuencia, que se condene a AFP

PORVENIR S.A. a trasladar los aportes existentes en la cuenta individual de la demandante a COLEPSNES, se condene a COLPENSIONES a activar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, facultades ultra y extra petita, costas y agencias procesales. (folio 91)

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 21 de enero de 1967, que se afilio a PORVENIR S.A el 6 de marzo de 1997 sin que se le prestará ningún tipo de asesoría, que actualmente cuenta con 898 semanas cotizadas, que el 3 de marzo de 2017 se solicitó información y actualización en PORVENIR S.A., que el 15 de marzo del mismo año se contestó que había derecho a una mesada pensional en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, con lo que se da cuenta que le favorecía más el RPM, que el 4 de abril de 2017 se radico solicitud de nulidad de afiliación, que PORVENIR S.A. el 10 de abril de 2017 niega la solicitud, que lo mismo se solicitó ante COLPENSIONES, quien respondió el 19 de enero de 2017 de forma negativa. (Folios 91-93 y 104-105).

Con auto del 26 de marzo de 2016, se tuvo por contestada la demanda por parte de las demandadas (folio 184).

AFP PORVENIR S.A., en su respuesta, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, para lo cual indico; que es improcedente la nulidad de traslado de régimen por cuanto la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante, que se le presto la correspondiente asesoría.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denomino; prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica. (Folios 128-134).

COLPENSIONES, en su respuesta, también se opuso a las pretensiones manifestó; que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministro información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas de los regímenes, por lo que no se evidencia vicio en el consentimiento, en consecuencia, se solicita la absolución.

En su defensa propuso las excepciones de mérito que denomino; prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, innominada o genérica. (Folios 170 a 177).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de agosto de 2019, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, emitió sentencia en la que resolvió; declarar la

ineficacia de la afiliación realizada por PORVENIR S.A. el 6 de marzo de 1997, ordeno a COLPENSIONES permitir la afiliación de la demandante, ordeno a la AFP PORVENIR S.A. remitir a COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración sin lugar a descuento alguno, ordeno a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A. todos los valores y actualizar la historia laboral. (Folios 199-200).

Para llegar a la anterior decisión, la Juez de instancia manifestó lo siguiente: que el fondo debería demostrar una asesoría a la afiliada lo cual no hizo, siendo válida la ineficacia de la vinculación al RAIS.

De los recursos de apelación interpuestos por las demandadas

Respecto a la decisión de primera instancia, la apoderada judicial de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación. Así se expresó: que la libertad de escogencia del régimen consagrada en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 de la que gozaba la demandante estuvo precedida de plena autonomía decidiendo escoger el RAIS, sin que se probará la existencia de algún vicio o inducción a error, es así como no procede la nulidad del traslado realizada en 1997 ya que se presume que se hizo dentro de los términos legales.

Por su parte, la demandada PORVENIR S.A. argumento su recurso de apelación de la siguiente manera; que no se encuentra afectado el acto voluntario del traslado de la demandante al RAIS, ya que no se incurrió en prohibición legal que lo impidiera, además considera que no procede la orden por devolución de gastos de administración de confirmarse el traslado de los aportes, como tampoco los rendimientos, de lo contrario se estaría ante un detrimento financiero de la entidad, en consecuencia, se solicita la revocatoria del fallo de primera instancia y la absolución.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el correspondiente traslado la parte demandante solicita se revoque el fallo proferido, en razón a que considera que no es procedente el traslado de régimen, así como tampoco puede darse aplicación al precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, los demás intervinientes en el proceso guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso.

Problema jurídico:

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados en la sustentación de los recursos de apelación. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP PORVENIR S.A., para lo cual debe verificarse lo concerniente a la voluntad de la demandante, además lo referente a la devolución de gastos por administración y rendimientos. Lo anterior, dando cumplimiento a lo establecido por el Legislador en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social.

De la nulidad por vinculación 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 el 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 demandante.

Ahora bien, independientemente de que en el caso objeto de análisis no nos encontramos frente a la nulidad de un traslado de régimen, dado que la demandante nunca estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES quien administra el régimen de prima media con prestación definida, esta situación no es óbice para analizar la procedencia de la nulidad de la vinculación o afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, estando obligados los fondos que administran los recursos pensionales al deber de información de forma clara, concreta, comprensible, oportuna, diáfana, comparable y confiable, pues así fue analizado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral Sala de Descongestión No. 2 sentencia SL2817-2019 del 26 de junio de 2019.

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.

Así las cosas, es evidente que con la afirmación de la demandante en su interrogatorio de parte de que nunca estuvo afiliada al RPM, no la hace conocedora de los regímenes existentes para la fecha de su afiliación o vinculación a la AFP PORVENIR S.A., como tampoco de las diferencias, características, beneficios y consecuencias. En ese orden de ideas una vez verificado el material probatorio obrante al proceso se evidencia que la demandada AFP PORVENIR S.A. quien tiene la carga de la prueba, no logra comprobar que haya otorgado a la señora SHAHNAZ PARTOWINIA una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable, por lo que resultaría nula o ineficaz 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, sin los estudios pertinentes, ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a COLFONDOS S.A el 6 de marzo de 1997 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, recayendo la condena específicamente en la demandada PORVENIR S.A.

Sobre el reintegro de valores recibidos por la AFP a título de cuotas de administración y comisiones

Sea lo primero indicar que fue acertada la decisión tomada en primera instancia al imponer a AFP PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la señora Shahnaz Partowinia, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones. Ello en razón, a que es una consecuencia lógica por faltar a su deber de información.

Así lo expuso, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL2877-2020 proferida el 29 de julio de 2020 por la Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en los siguientes términos;

*“...En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, **cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.***

Ahora, el restablecimiento debe ser pleno o completo, si el tipo de obligación contraída así lo permite y, por tanto, dependiendo de las circunstancias específicas de cada asunto, deben definirse tales restituciones mutuas, ejercicio que, en su labor de dispensar justicia, debe ser analizada detalladamente por el juez en cada caso en particular.

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

***En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.”** (Negrilla fuera de texto)*

En atención a lo expuesto, se confirma la sentencia del 1 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá. Costas de esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$500.000.00 pesos cada una para un total de \$1.000.000 pesos en favor de la parte demandante, ello en virtud a que no prospera los recursos de apelación interpuestos en esta instancia.

DECISIÓN

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,

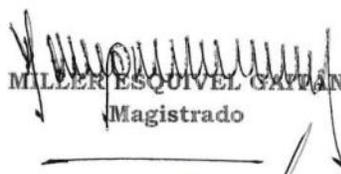
RESUELVE

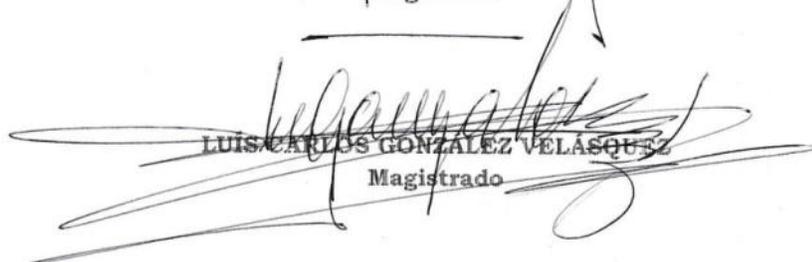
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 1 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá; promovida por SHAHAZ PARTOWINIA en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en la suma de \$500.000.00 pesos cada una para un total de \$1.000.000 pesos en favor de la parte demandante, ello en virtud a que no prospera los recursos de apelación interpuestos en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado