



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

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105013201900072-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de noviembre de 2019 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró RICARDO ESPITIA ALVAREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado y T.P No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 137.627.008 de Puente Nacional -Santander y T.P No. 21.228 del CSJ en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 212vto -224. Así mismo se reconoce personería adjetiva para actuar al Dr. NELSON SEGURA VARGAS con CC No. 10.014.612 y T.P No.344.222 del CSJ, conforme el poder obrante de folios 227vto yss.

ANTECEDENTES

RICARDO ESPITIA ALVAREZ, pretende que se declare la nulidad del traslado al RAIS con LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., realizada el 27 de mayo de 1997, y

en consecuencia se condene a COLPENSIONES a recibirlo como cotizante y a PROTECCIÓN S.A a liberar sus bases de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que hubiere causado; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 27 de mayo de 1962, se afilió al RPMPD con el ISS el 30 de octubre de 1988, se trasladó al RAIS el 7 de noviembre de 1995 a través de DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS hoy PROTECCIÓN S.A., quien le ofreció el beneficio de pensionarse a una edad más temprana, en un monto superior al del ISS y le indicó que dicho instituto iba a ser liquidado y sus aportes se encontrarían en riesgo, sin indicarle el monto del capital para heredar a sus beneficiarios o la edad para retornar al ISS, y no le realizó proyección alguna, no presentándole información suficiente, clara y concisa, contando con un capital acumulado de \$246.290.351, en la proyección que se le efectuó el 20 de diciembre de 2018 se le indicó que tendría una mesada de \$1.027.019 la que resulta inferior a la que obtendría en el RAIS, y su solicitud de nulidad del traslado fue rechazada. (fls 1-28 y subsanación 54-55)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (fls 106-109).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica (fls. 135-149)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de noviembre de 2019 el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES

Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A antes DAVIVIR a partir del 1° de diciembre de 1995 y como consecuencia de ello, ordenó el traslado de todos los aportes a pensiones obligatorias y voluntarias realizados por el demandante, junto con sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES, quien deberá recibir los mismos y activar la afiliación del demandante a dicha administradora, teniéndose que para todos los efectos legales la única afiliación válida de ésta al Sistema General de Pensiones es la realizada con COLPENSIONES; y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso para que este Tribunal verifique el cumplimiento de las condiciones establecidas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para declarar la ineficacia del traslado, si se tienen en cuenta que el actor mostró un completo desinterés en relación con las circunstancias que rodearon su situación pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal únicamente se pronunciaron COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., la primera de ellas insistiendo en la improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado porque el mismo se llevó a cabo de manera libre y voluntaria en donde el respectivo asesor del fondo suministró toda la información necesaria, clara y precisa respecto de los efectos jurídicos que le representaba, no logrando probar el actor ningún vicio en el consentimiento, y tal decisión de nulidad desconoce el principio de sostenibilidad financiera. Por su parte, el apoderado de PROTECCIÓN S.A considera improcedente la devolución de los gastos de administración por tratarse de un descuento autorizado en la ley el cual fue utilizado en debida forma obteniendo ganancias, siendo que las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas como lo determina la normatividad del derecho privado y de todas formas frente a la comisión de administración opera la prescripción.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber

brindado la misma, y en particular si el afiliado estaba obligado a desplegar alguna conducta en relación con su pensión, ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 152 obra copia del formulario de afiliación a DAVIVIR diligenciado el 7 de noviembre de 1995 con efectividad a partir del 1° de diciembre de ese año, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folio 153, deja en evidencia el error cometido por ese Fondo al haber consignado en dicho formulario datos que no correspondían a la realidad, pues pese a tratarse de un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -ISS, al Régimen de Ahorro Individual - DAVIVIR, lo que allí se hizo constar es que era una vinculación inicial, dislate que así visto permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación del actor, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen y no como si se tratara de una afiliación por primera vez. Prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado no se realizó de forma correcta en la anotada fecha.

84547 SOLICITUD DE VINCULACION No. 137493

FECHA 9 5 1 1 97 USO INTERNO 130333

60000782635

INFORMACION DEL TRABAJADOR

PRIMER APELLIDO Epitia SEGUNDO APELLIDO Alvarez

CI 19 474 978 CREDITO O MUNICIPIO Tenjo

CI 18 0-6-56 of 1202 y 1203 CIDAD O MUNICIPIO Caque

NACIONALIDAD Colombiano NOMBRE Ricardo

DEPARTAMENTO C/marca TELEFONO 933542980

DEPARTAMENTO C/marca TELEFONO 2830203

TIPO DE TRABAJADOR INDEPENDIENTE DEPENDIENTE

HA COTIZADO MAS DE 150 SEMANAS? U.S. SI NO CAJAS SI NO

TIEMPO TOTAL DE COTIZACION AÑOS MESES

INFORMACION VINCULO LABORAL ACTUAL

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PROTECCIÓN S.A antes DAVIVIR enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a DAVIVIR hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 11 de noviembre de 1995, con fecha de efectividad del 1° de diciembre de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

Ante el resultado desfavorable del recurso de apelación es del caso imponer costas en esta instancia a COLPENSIONES. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

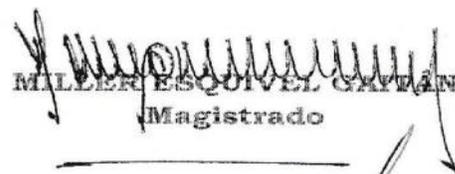
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2019 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por RICARDO ESPITIA ALVAREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

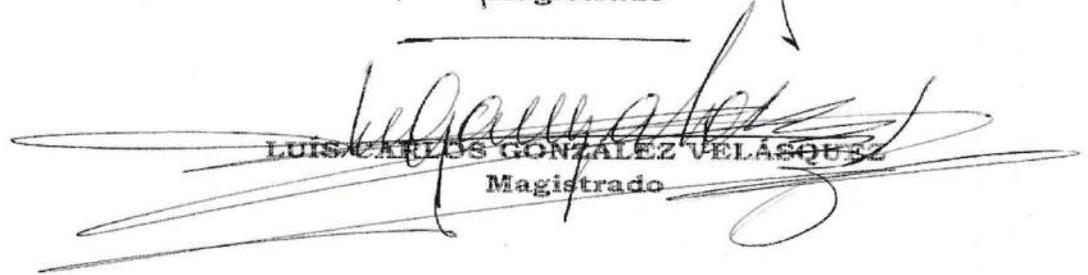
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLPENSIONES, Fíjense como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ 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.110013105026201800098 -01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

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

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 20 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **CLAUDIA DEL SOCORRO CAMARGO VILLA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ., en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 255vto -266. En el mismo sentido se reconoce personería al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ con CC 79.985.203 de

Btá y T.P No. 115.849 del CSJ como apoderado de PORVENIR S.A en los términos del poder otorgado (fls 236-251).

ANTECEDENTES

CLAUDIA DEL SOCORRO CAMARGO VILLA, pretende que se declare la nulidad de la afiliación al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A realizada en enero de 1998, así como la realizada a COLFONDOS S.A en mayo de 2005, toda vez que la primera obedeció al engaño, error y asalto de su buena fe; y en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a inscribirla, sin solución de continuidad, en el RPM, junto con el reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de vejez a partir del 11 de mayo de 2013, las mesadas ordinarias y adicionales y el retroactivo causado; ordenando a PORVENIR S.A y a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas y demás sumas de dinero aportadas durante todo el tiempo en que ha estado afiliada al RAIS, e igualmente, se condene a las demandadas al reconocimiento y pago de los intereses moratorios y a la indexación de todas aquellas sumas de dinero que no sean susceptibles de intereses moratorios, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 11 de mayo de 1958; se afilió al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES; en 1998 cuando prestaba sus servicios en la empresa Johnson & Johnson S.A., llegaron los asesores de los fondos y abordaron a todos los empleados con el objeto de trasladarlos de régimen, por lo que sin recibir información técnica y adecuada firmó el formulario de solicitud de vinculación al fondo HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A; los promotores de este último y de COLFONDOS S.A., encargados de la afiliación y traslado, no contaban con título ni formación profesional en el régimen general de seguridad social, ni conocían las particularidades de cada régimen lo que les impidió entregar información completa, veraz y suficiente, de ahí que no le informaron los riesgos que existían al trasladarse de régimen, que los cálculos estimados estaban sometidos al vaivén del mercado y sobre los bonos pensiones, entre otros aspectos, mencionándole simplemente que la condición en el fondo privado sería mucho más ventajosa, que el ISS iba a desaparecer, que le resulta favorable el traslado pues su mesada inicial sería superior y vitalicia, que podría tener una pensión anticipada y, que podía hacer aportes voluntarios para incrementar el valor de su pensión, por lo que se trasladó sin saber que estaba renunciando al derecho de tener una mejor pensión en el RPM, no siendo, por tanto, espontánea, voluntaria y libre su decisión, razón por cual elevó solicitudes ante las demandadas las que le fueron negadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó como prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y la de la obligación y la genérica (fls 131-136).

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, planteó las excepciones de validez de la afiliación a COLFONDOS, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica (fls 159-171)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 187-196 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de septiembre de 2019, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS a partir de mayo de 1998; condenó a COLFONDOS S.A a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con los rendimientos financieros sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; y, condenó en costas a la parte demandante PORVENIR S.A fijándose como agencia en derecho la suma de \$600.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de **PORVENIR S.A**, interpuso recurso de apelación para que se revoque la misma y en su lugar se le absuelva de todas las pretensiones, como quiera a la demandante se le brindó la asesoría correspondiente del RAIS, indicándole las características, funcionamiento, modalidad de pensión, requisitos para acceder a esa información, sin que las reglas y condiciones

en que se realizó su afiliación fueran caprichosas, ya que son resultado de las disposiciones que regulan al RAIS con sujeción a las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera, régimen pensional que brinda grandes ventajas a los afiliados al permitirles pensionarse de manera anticipada y con un monto superior dependiendo el monto de lo ahorrado, de manera que no puede aducir que fue engañada porque recibió de manera verbal toda la información necesaria y en todo caso tuvo la oportunidad de leer, preguntar y abstenerse de firmar el formulario, el cual inequívocamente indica su solicitud de vinculación o traslado, sin perjuicio de lo cual a través de publicaciones realizadas en el diario el Tiempo el 16 de enero de 2004 se le brindó la oportunidad de devolverse al RPMPD pero no lo hizo; no observándose entonces que se hubieran dado los requisitos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación (error, fuerza o dolo), ni que se tratara de un acto ilícito o que la afiliada no fuera capaz.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal, PORVENIR S.A., solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia porque en este asunto no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento, ni ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, tampoco la ineficacia del acto jurídico por falta del consentimiento informado, habiendo acreditado que sí brindó información clara y oportuna al actor, sin que deba devolver sumas diferentes al capital y los rendimientos. Entre tanto, COLPENSIONES manifestó que no es procedente acceder al traslado de régimen porque la demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación al RAIS, el cual da cuenta que recibió toda la información necesaria, no habiendo probado ningún vicio del consentimiento. Finalmente, la parte actora ruega que se tenga en cuenta que al proceso no se allegó ningún elemento probatorio que acredite que a la demandante sí se le ofreció la información que le permitiera trasladarse de régimen de pensiones, tal y como lo dispone el artículo 167 del CGP.

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

CONSIDERACIONES

La Sala analizará **i)** si hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo así como el diligenciamiento del formulario de afiliación; y **ii)** si la publicación realizada por los fondos en el año 2004 saneó la eventual

nulidad, todo ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que a folio 43 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy PORVENIR S.A diligenciado el 1º de mayo de 1998, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 199).

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

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella suministrada pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A antes HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa el 1º de mayo de 1998, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

Últimamente, en cuanto a las publicaciones que realizaron los fondos en enero de 2004 en las que ponían en conocimiento de los afiliados la posibilidad de regresar al RPMPD, basta indicar que de ningún modo puede entenderse como un saneamiento, por cuanto la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con

posterioridad., ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro., siendo relevante un dato sólo si es oportuno. En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014); reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de PORVENIR S.A.

Se condenará en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. dado el resultado del recurso. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora CLAUDIA DEL SOCORRO CAMARGO VILLA en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

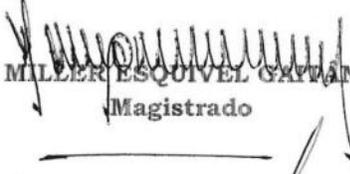
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

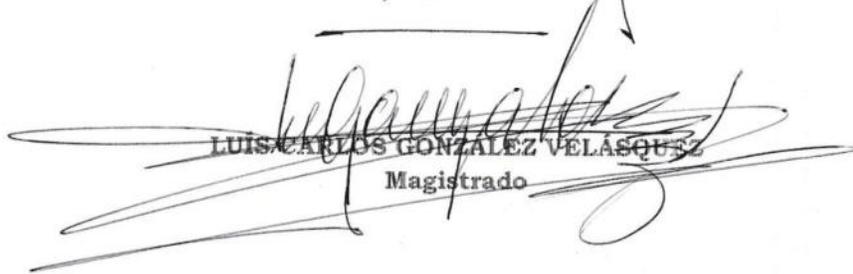
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105016201800112-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de febrero de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **VICTORIA ELENA BESSOLO PACHECO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A** y **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS; CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 320 vto -331. En el mismo sentido se reconoce personería al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ con CC 79985203 de Btá y T. P No. 115.849 del CSJ como apoderado de PORVENIR S.A en los términos del poder otorgado (fls 358 vto-354).

ANTECEDENTES

VICTORIA ELENA BESSOLO PACHECO, pretende que se declare la nulidad de la afiliación a COLPATRIA así como las vinculaciones que realizó con los demás fondos privados; y como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibirla nuevamente como afiliada; se ordene a COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y OLD MUTUAL a liberarla de sus bases de datos y a devolver todos los valores recibidos con motivo de la afiliación a cada una de ellas como bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos que se hubieren causado y a hacer el respectivo traslado a COLPENSIONES; se condene a este último y a PORVENIR S.A al pago de las costas procesales; lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, narró, en síntesis, que nació el día 17 de junio de 1960; que el 25 de agosto de 1975 inició su vida laboral con el empleador TRANSOCEÁNICA LTDA y se afilió al ISS a donde cotizó para los riesgos de I.V.M hasta el 28 de noviembre de 1999, fecha en la que se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL; que el asesor de este fondo le mencionó como beneficios que podría pensionarse a temprana edad, que el monto de suspensión sería más alta que en el RPMPD, que si al momento de adquirir la edad para pensionarse no lo quería hacer podía retirar los aportes sin problema y que el ISS iba a ser liquidado; que en la asesoría no se le indicó el monto del capital requerido para obtener una pensión vitalicia en retiro programado, ni el monto de capital para que sus beneficiarios pudieran heredar; que se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A en mayo de 2003 y a PORVENIR S.A en junio de 2014, sin que ninguno de los tres fondos le indicara que el plazo para retornar al RPM era hasta los 47 años de edad, ni hicieron referencia a los beneficios y consecuencias del traslado; que los formularios firmados no presentaban información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional puesto que la antes mencionada información fue verbal; que tiene 1682 semanas cotizadas y un capital acumulado de \$632.295.833; que según proyección reciente su mesada pensional sería de \$2.930.089 al cumplir los 57 años con una tasa de reemplazo de 80%; por lo tanto ha elevado solicitudes de nulidad de la afiliación siéndole negadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma, en término, las demandadas dieron contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con su edad, historia laboral, afiliación al ISS, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A y OLD MUTUAL, semanas cotizadas, capital total acumulado en la cuenta individual de ahorros y las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica (fls 147-152).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones que denominó como prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fls 182-198)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y, debida asesoría del fondo (fls 202-209 vto).

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, planteó las excepciones de inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A, buena fe, prescripción y la genérica (fls 263-268 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de septiembre de 2019 el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de régimen que efectuó el 10 de abril de 1996 con destino al fondo privado de pensiones COLPATRIA, en consecuencia y teniendo en cuenta la afiliación actual de la demandante a PORVENIR S.A., se condene a esta última a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora al RAIS sin que sea dable efectuar descuentos por concepto de gastos de administración esto es que deberá consignarse por ante a COLPENSIONES los valores condenados junto con los frutos e intereses que se hayan producido; condenó a COLPENSIONES a recepcionar (sic) la totalidad de los recursos que se le han trasladar conforme en el numeral que antecede como fruto de la ineficacia del traslado de régimen declarada y a reactivar la afiliación de la demandante al RPM , el cual se declaró ha sido el único válido en relación con la demandante fruto de la ineficacia declarada; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a las demandadas en favor de la parte demandante en relación con la AFP PORVENIR S.A el monto de medio SMMLV y en lo que se refiere a OLD MUTUAL S.A, COLFONDOS S.A y COLPENSIONES a cargo de cada una el monto de un cuarto de SMMLV, todos estos valores por concepto de agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación para que se revoque en su integridad, pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, además que no hay norma en la que se especifique que en el formulario de vinculación deben indicarse las condiciones o características pensionales de uno y otro régimen o que tiene que allegarse documental adicional, habiéndose diligenciado conforme el Decreto 692 de 1994, faltándole a la demandante más de 22 años para obtener un derecho pensional, y siendo economista pretende la nulidad aduciendo desconocimiento e ignorancia aunque se trasladó a PORVENIR S.A antes COLPATRIA donde estuvo vinculada durante casi 3 años y luego, en 1999, se vinculó con otras administradoras de pensiones, retornando a PORVENIR S.A en el año 2014, por lo que no puede alegar un desconocimiento de las características si permaneció en el RAIS por más de 24 años; y de otra parte, en cuanto a la condena consistente en trasladar los gastos de administración, es improcedente porque se cubrieron los riesgos de invalidez, vejez y muerte, de ahí que deba revocarse la sentencia que declaró la ineficacia de la afiliación ya que no se probaron los vicios del consentimiento y si bien se decreta la ineficacia debe decirse que lo que aquí se pretendió fue la nulidad de la afiliación basada en el engaño que le ocasionó OLD MUTUAL S.A y no PORVENIR S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido presentaron alegatos PORVENIR S.A, COLPENSIONES y el apoderado de la parte actora, los dos primeros insistieron en la revocatoria de la sentencia porque en este asunto no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento, ni ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, tampoco la ineficacia del acto jurídico por falta del consentimiento informado, habiendo acreditado PORVENIR S.A con el formulario de afiliación que sí brindó información clara y oportuna a la actora; y en el hipotético evento de considerar que el acto no tuvo validez sólo se puede disponer la devolución del capital y los rendimientos. Por su lado COLPENSIONES alega que se respetó el derecho de escoger libremente el régimen al que se afilian; además se debe tener en cuenta el tema de sostenibilidad financiera y el análisis de la información suministrada que debió brindar al momento de la afiliación pues deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, habiéndose garantizado el derecho de retracto con la publicación que se realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004. En cuanto al apoderado de la parte actora reitera que sea confirmada la sentencia en primera instancia, ya que el traslado efectuado no estuvo acompañado del deber de información, siendo el fondo el que

soportaba la carga de la prueba de haber suministrado una información clara, completa y comprensible, sin que para acceder a la nulidad sea presupuesto ser beneficiario del régimen de transición o tener una expectativa legítima de pensión.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará **i)** si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en particular lo que interesa a las obligaciones que tenía el fondo al momento del traslado de régimen, **ii)** si la nulidad del traslado solo es procedente en casos en que exista una expectativa legítima para adquirir el derecho a la pensión (beneficiarios del régimen de transición), **iii)** si lo procedente era declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad, **iv)** si la permanencia en el RAIS por más de 22 años, eventualmente sanea la nulidad e imposibilita tal declaratoria y **v)** si hay lugar a la orden de devolución de los gastos de administración a cargo de las AFP. Todo lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello 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 «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

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

el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, advierte la Sala que no fue allegado el formulario de solicitud de vinculación y traslado del Régimen de Prima Media administrado por el ISS a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., diligenciado con fecha del 10 de abril de 1996, sin embargo, de tal circunstancia se verifica con el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 213), así como con la aclaración efectuada en la diligencia de saneamiento (fls 289 a 294) y lo aceptado tanto por la representante legal de PORVENIR S.A., como por la demandante al absolver interrogatorio de parte.

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

cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLPATRIA hoy PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLPATRIA hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 10 de abril de 1996 con efectividad el 1º de junio de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el traslado entre fondos.

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

En la misma orientación, frente a los reparos que eleva la censura respecto a los presuntos yerros cometidos en primera instancia al declarar la ineficacia del traslado cuando lo pretendido fue la nulidad, así como al ordenar trasladar los gastos de administración como consecuencia de dicha declaratoria, que ninguna razón le asiste en su reproche en la

medida que, para efectos prácticos, las consecuencias de ambas figuras jurídicas son las mismas.

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

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

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

“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma

*en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una **disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).***

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

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

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

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

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

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

Por lo tanto la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce igualmente a desestimar este reproche.

COSTAS

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

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

RESUELVE

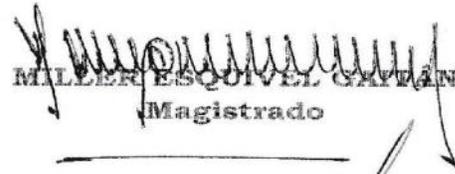
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por VICTORIA ELENA BESSOLO PACHECO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS,, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

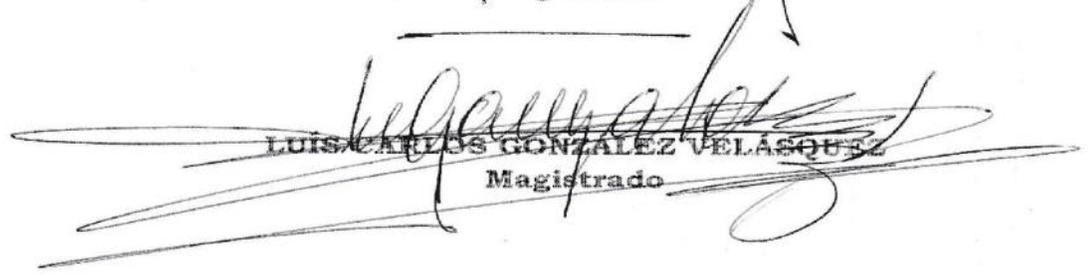
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente PORVENIR S.A. Fijese como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL 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. 110013105017201800158-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A, y COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de noviembre de 2019 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora AURA DEL PILAR ROMERO DEVIA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ con CC No. 31.486.436 de Yumbo (Valle) y T.P No. 303.924 del CSJ como apoderada sustituta de COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folio 272vto. Así mismo se reconoce personería adjetiva para actuar al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de PORVENIR conforme el poder obrante de folios 278 y ss.

ANTECEDENTES

AURA DEL PILAR ROMERO DEVIA, pretende que se declare la nulidad del traslado de su vinculación al RAIS con LA ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., antes ING PENSIONES, por cuanto no existió una decisión informada verdaderamente autónoma y consciente al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas que aquel le reportaría, y como consecuencia, se condene a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a PORVENIR S.A dicho fondo a trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, debiendo esta última activar su afiliación Enel RPMPD desde su fecha inicial y recibir el traslado de todos los aportes; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 15 de noviembre de 1964, se afilió al RPMPD el 6 de agosto de 1985, se trasladó al RAIS el 1º de junio de 1994 a través de PROTECCIÓN S.A., antes ING PENSIONES, quien no le brindó la información adecuada y completa para acceder al cambio de régimen indicándole sólo las ventajas y no las desventajas, actualmente está afiliada a PORVENIR S.A., ha elevado solicitudes de nulidad del traslado las cuales le han sido negadas y, su mesada sería superior en el RPMPD respecto de la del RAIS pues mientras en el primero el IBL promedio es de \$4.040.202.52 en el segundo es de \$2.743.623.47. (Fls 1-14).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento in causa y la genérica. (fls 123-129)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 157-182).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones que denominó: declaración libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP,

buena fe por parte de AFP PROTECCIÓN S.A, prescripción y la genérica. (fls. 233-237)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de noviembre de 2019 el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar no probadas las excepciones de falta de causa para demandar, inexistencia de las obligaciones demandadas, inexistencia del derecho y prescripción propuestas por las demandadas; declarar que el traslado de la demandante al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declarar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES y que esa entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad; ordenar a PROTECCIÓN S.A., y a PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de su vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, frutos, intereses y rendimientos; ordenar a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos a favor de la demandante que efectúen las demandadas y convalidarlos en su historia laboral; y condenar en costas a las demandadas incluyendo como agencias en derecho el valor de \$800.000.oo.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación los cuales sustentaron así:

PROTECCIÓN S.A., para que se revoque el numeral 4° de la sentencia, ya que ese fondo trasladó todos los recursos disponibles a PORVENIR S.A., y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, tal comisión se encuentra autorizada por la Ley (Art 20 de la ley 100 de 1993), y es un porcentaje que se descuenta para financiar lo que es el seguro previsional en la compañía de seguros, por lo que ordenar que se trasladen constituiría un enriquecimiento sin causa para la demandante.

PORVENIR S.A., para que se revoque íntegramente, pues se debe tener en cuenta la calidad de abogada de la demandante y por tanto tenía conocimiento de la ley 100 de 1993, siendo una persona plenamente capaz; además que su afiliación inicial no fue con ese fondo sino con COLMENA hoy PROTECCIÓN trasladándose posteriormente a HORIZONTE hoy PORVENIR a donde llegó por fusión, actuando así de buena fe ese fondo; y, en todo caso, no es beneficiaria del régimen de transición ni probó los vicios en el consentimiento, sin que el fondo tuviera que hacerle

proyecciones para ese momento (pues las tasas del mercado son variables lo que impedía que pudiera ser acertada cualquiera que se elaborara). En relación con las condenas, precisa que no hay lugar a disponer la devolución de los gastos de administración porque se prestó el servicio contratado y por ello si lo que se pretende es que vuelvan las cosas a su estado anterior, la actora debería devolver los intereses. Por todo lo anterior solicita que se le absuelva de las costas.

COLPENSIONES, para que se le absuelva de todas las condenas, ya que la demandante no contaba con ninguna característica que le resultara desventajosa para realizar el traslado al RAIS, en tanto contaba con 30 años de edad y bien podía haber realizado aportes voluntarios para aumentar su pensión en los 20 años restantes ya que conocía de dicha posibilidad. De otra parte, era abogada y por ello en su carrera académica tuvo conocimiento de la ley 100 de 1993. Así mismo, al haber dejado de cotizar al RPMPD, de permitirse su traslado se desfinanciaría el sistema. Y finalmente, no puede regresar al RPMPD porque está inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 que le impide a COLPENSIONES tenerla como su beneficiaria.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal únicamente se pronunciaron COLPENSIONES y PORVENIR S.A., la primera de ellas solicitó que se le absuelva de todas las pretensiones insistiendo en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición para retornar al RPMPD según lo establecido en la Ley 797 de 2003, y por tanto su traslado al RAIS es válido y eficaz, sin que además hubiera demostrado un vicio en el consentimiento. Por su parte, PORVENIR S.A señaló que la actora no probó ninguna de las causales previstas en el Art 1741 del CC, lo que conduce a que el acto de vinculación con dicho fondo sea eficaz, adicionalmente que le fue garantizado el derecho de retracto como se consignó en el formulario de afiliación del cual no hizo uso, y de todas formas se encuentra incurso en la prohibición legal de que trata el literal e) del Art 13 de la Ley 100 de 1993, no debiéndose ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b del artículo 113 de la citada ley.

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

CONSIDERACIONES

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

misma, **ii)** si es presupuesto jurisprudencial para la declaratoria de la nulidad el contar con una expectativa legítima de pensión, **iii)** si la demandante se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMD prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, **iv)** si es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración a COLPENSIONES, **v)** si la declaratoria de nulidad y el retorno a COLPENSIONES afecta la estabilidad financiera de dicha entidad, y **vi)** si PORVENIR S.A está obligada al pago de costas, ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo***

al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 238 obra copia del

formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por CAJANAL (cuyas obligaciones con sus afiliados hoy son asumidas por COLPENSIONES)¹, a CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 24 de mayo de 1994, con fecha de efectividad del 1° de junio de ese año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 243).

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

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

afiliada la demandante.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PROTECCIÓN S.A antes COLMENA enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 24 de mayo de 1994, con fecha de efectividad del 1° de junio de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso, máxime cuando que la condición de abogada de la libelista no genera la consecuencia de validar la afiliación en tanto no relevaba a los fondos de brindar la información necesaria sobre el traslado de régimen.

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

Últimamente, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, y la estabilidad financiera del sistema pensional RPMPD, igualmente se confirmará la decisión del A quo, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el

artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

DE LA CONDENA EN COSTAS

Habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP², es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad PORVENIR S.A no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releve de su pago, dado que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus intereses, por lo que no hay lugar a revocar la condena por este concepto.

Ante el resultado desfavorable de los recursos de apelación es del caso imponer costas en esta instancia a todas las demandadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá,

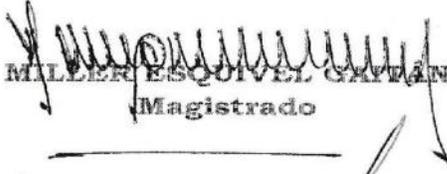
² “**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)”

promovida por AURA DEL PILAR ROMERO DEVIA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105029201800171-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la parte actora y de PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 2 de diciembre de 2019 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **LELIO ALFREDO MOTTA MORENO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ., en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 132vto 143. En el mismo sentido se reconoce personería al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ con CC 79985203 de Btâ y T. P No. 115.849 del CSJ como apoderado de PORVENIR S.A en los términos del poder otorgado (fls 148-159).

ANTECEDENTES

LELIO ALFREDO MOTTA MORENO, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS con la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., realizado el 25 de abril de 1996 teniendo como única afiliación válida la efectuada al ISS; y en consecuencia, se ordene a dicho fondo a trasladar a COLPENSIONES el valor completo de los aportes acreditados a la cuenta de ahorro individual; esta última quien deberá reconocer y pagar la pensión de vejez, además del retroactivo pensional a que haya lugar, con sus respectivos ajustes, los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales atrasadas; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 23 de julio de 1955; cotizó a la Caja de Previsión del Distrito desde el 30 de mayo de 1983 a través de su empleador el IDU; seleccionó el ISS el 1° de enero de 1996; suscribió formulario de traslado a PORVENIR S.A el 25 de abril de 1996, fondo que del que no recibió asesoría respecto a las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, la fecha de redención de su bono pensional y que podía regresar al RPM dentro del año siguiente sin necesidad de acreditar 15 años de servicios, entre otras cosas, por lo que la decisión de la vinculación al RAIS no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real conocimiento para adoptarla; cotizó en el RAIS 845 semanas para un total entre los dos regímenes de 1502 semanas; COLPENSIONES le certificó que se encontraba afiliado al RPM desde el 1° de abril de 1996, motivo por el que el 31 de marzo de 2017 solicitó la realización de comité de múltiple vinculación en dónde COLPENSIONES le informó que no presentaba ese estado pero sí una inconsistencia en su afiliación que debía ser solucionada en conjunto con PORVENIR S.A, fondo que el 12 de julio de 2017 le comunicó la actualización de su estado de afiliación y el 25 de octubre de 2017 le realizó una simulación pensional en el que su mesada a los 62 años sin volver a cotizar sería de \$1.063.200 cuando su IBL es de \$3.464.763, por lo que su pensión en el RPMPD a esa edad sería del 63.5% de dicho IBL, de ahí que solicitara a COLPENSIONES el 11 de enero de 2018 el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, obteniendo una respuesta negativa. (Fls 39-52)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad del actor, su afiliación a PORVENIR S.A., la solicitud de realización del comité de múltiple vinculación con las respectivas respuestas, la simulación pensional y la solicitud pensional.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

planteó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción (fls 77-81).

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

propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls 109-117 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de diciembre de 2019 el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a PORVENIR S.A suscrita el 1º de junio de 1996, en consecuencia declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció al RPMD; ordenó a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual le concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esa providencia; ordenó a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar la historia laboral y que una vez reciba los dineros, estudie y resuelva sobre el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandante; no condenó a costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación las apoderados del demandante y PORVENIR S.A interpusieron recurso de apelación, los cuales sustentaron así:

EL DEMANDANTE, con el fin de que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 5 de septiembre del año 2017, pues considera que con las pruebas obrantes en el expediente, las cuales no fueron tachadas de falso por las demandadas, era posible determinar el monto de la pensión, ello como quiera que no se discutió la edad del demandante (nació el 23 de julio de 1955)y con la hitoria laboral se tiene que con anterioridad a su vinculación al RAIS había cotizado 4599 días, mientras que en PORVENIR S.A cotizó 845 semanas, para un total de semanas cotizadas de 1.502, resaltando que cada período

cuenta con el IBC, resultando perfectamente posible establecer el IBL en los términos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993; por tanto, al no reconocerse la pensión se le somete a un nuevo trámite administrativo.

PORVENIR S.A., para que se revoque la sentencia proferida y en su lugar se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra, porque a pesar de la jurisprudencia citada por el Juzgado, se desconoció que la misma ha sido enfática en indicar que la nulidad del traslado procede tratándose de personas que se encontraban con una expectativa legítima para adquirir el derecho pensional; además que no se le puede obligar a dicha administradora a que demuestre un hecho que para ese momento no era exigible, esto es, información consignada en los documentos, cumpliendo a cabalidad con los requisitos que la norma existente exigía para ese momento razón por la que no podía realizar una simulación pensional y además no se sabía cuáles iban a ser los valores con los que el demandante iba a cotizar, lo que hacía imposible determinar cuánto iba a tener para el momento en el llegara a la edad de pensión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal, la parte actora insistió en su solicitud de condenar al reconocimiento y pago de la pensión de vejez pues considera que con las pruebas que reposan en el plenario es posible liquidar la misma, reiterando que debe mantenerse la decisión que declaró la ineficacia del traslado. Por su parte COLPENSIONES sostuvo que no es procedente acceder al traslado de régimen porque el demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación al RAIS, el cual da cuenta que recibió toda la información necesaria, no habiendo probado ningún vicio del consentimiento. Finalmente PORVENIR S.A., reiteró su solicitud de revocatoria de la sentencia porque en este asunto no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento, ni ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, tampoco la ineficacia del acto jurídico por falta del consentimiento informado, habiendo acreditado que sí brindó información clara y oportuna al actor, sin que deba devolver sumas diferentes al capital y los rendimientos.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para la declaratoria de la

ineficacia del traslado tener una expectativa legítima y **iii)** si había lugar o no a disponer el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al actor a cargo de COLPENSIONES aun cuando es con esta providencia que se ordena su traslado al RPMPD; lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que a folio 88 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 24 de abril de 1996, con fecha de efectividad el 1° de junio de ese año; prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 89).

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 24 de abril de 1996, con fecha de efectividad el 1° de junio de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, debiéndose por tanto confirmar la

sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A FAVOR DEL DEMANDANTE Y A CARGO DE COLPENSIONES

Se duele la parte actora del hecho que la A quo se abstuviera, luego de declarar la ineficacia de su traslado al RAIS, de ordenar a COLPENSIONES que procediera a reconocerle la pensión de vejez, debidamente indexada, junto con los ajustes de ley, el retroactivo y los intereses moratorios a que hubiera lugar.

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

Se condenará en costas de esta instancia a la parte actora y a PORVENIR S.A. ante el resultado desfavorable de sus recursos. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2019 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por el señor LELIO ALFREDO MOTTA MORENO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente
AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105014201800287-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de agosto de 2019 por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **GLORIA AMPARO GÓMEZ PÉREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora DANNIA VANNESA YUSSELY NAVARRO ROSAS con CC No. 52.454.425 de Btá y T.P. No. 121.126 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora PAOLA ANDREA OROZCO ARIAS con CC No. 1.047.464.620 de Cartagena y T.P. No. 288.433 del CSJ en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 181-184. En el mismo sentido se reconoce personería al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ con CC 79985203 de Btá y T. P. No. 115.849 del CSJ como apoderado de PORVENIR S.A en los términos del poder otorgado (fls 193 vto-209).

ANTECEDENTES

GLORIA AMPARO GÓMEZ PÉREZ, pretende que previa declaratoria de la nulidad del traslado de ISS a PORVENIR S.A que efectuó en abril de 1998,

se ordene a PORVENIR S.A a devolver todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora junto con sus rendimientos causados a COLPENSIONES, entidad ésta última que a su vez debe realizar su activación en el sistema de Prima Media, adelantando el trámite de recaudo de los dineros, y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 26 de diciembre de 1960, cotizó al ISS 577 semanas desde el 16 de agosto de 1986 hasta el 7 de enero de 1998; al momento del traslado de régimen al RAIS se encontraba trabajando en Frosst Laboratories INC; PORVENIR S.A no le dio información sobre los requisitos para pensionarse de acuerdo a su historia laboral, no le mencionó que para pensionarse antes de los 57 años debía acogerse a la modalidad de retiro pensional y no le realizó un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia del valor de la mesada pensional entre ambos los regímenes; el ISS guardó silencio en cuanto al cambio de sistema y no le suministró información acerca de sus derechos y requisitos para pensionarse tanto en el RAIS como en RPM; cotizó un número de semanas que le permiten pensionarse en el RPM con el 80% del IBL; PORVENIR S.A en su afán de capturar de forma masiva afiliados faltó a su deber profesional al no analizar de manera particular su afiliación para aconsejarle debidamente sobre la conveniencia o no del traslado, omitiendo información relevante que afecta su futuro pensional, la que no conoció en forma plena pues de lo contrario no hubiera efectuado el cambio de régimen; elevó solicitudes de nulidad de traslado ante las demandadas siéndole negadas y agotó la vía gubernativa ante COLPENSIONES.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad de la actora, su traslado a PORVENIR S.A, su historia laboral, su primera cotización al RAIS, las solicitudes de nulidad de traslado con sus respectivas respuestas y el agotamiento de la vía gubernativa con COLPENSIONES.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica (fls 107-122).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe,

prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls 153-163 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de agosto de 2019 el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante; se relevó del estudio de las excepciones propuestas dado el carácter absolutorio del litigio; sin costas en esa instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad, pues que equivocadamente se invirtió la carga de la prueba ya que los demandados son quienes deben probar que sí cumplieron con su obligación del deber información, pero aquí nunca se probó que se le hubiese suministrado brindado información sobre las características del RPM, es así como no obra prueba dentro del proceso donde se demuestre que el asesor comercial del fondo le suministró información clara, precisa y oportuna, sino simplemente se firmó el formulario de traslado el cual no es indicativo de que fue debidamente informada, no justificándose que después de 26 años una persona vaya a recibir una mísera pensión beneficiándose únicamente el sistema financiero, por lo que solicita que se analice y se tenga en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre otras la sentencia 68838 del 8 de mayo 1919.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido sólo se pronunciaron la parte actora y PORVENIR S.A; la primera solicitando la revocatoria de la sentencia de primera instancia pues no existe prueba de haberse dado una asesoría adecuada al no suministrar el fondo inicial la información que requería la demandante y desconocerse la jurisprudencia sobre el tema. Entre tanto PORVENIR S.A peticiona la confirmación de la sentencia absolutoria sobre la base de que no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento, ni ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, tampoco la ineficacia del acto jurídico por falta del consentimiento informado, y por el contrario sí brindó información clara y oportuna a la actora; y en el hipotético evento de considerar que el acto no tuvo validez sólo se puede disponer la devolución del capital y los rendimientos.

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

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que***

gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

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

materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 127 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado con fecha del 20 de febrero de 1998, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 128). Igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que es administradora de empresas, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se trasladó a PORVENIR S.A, narró que se encontraba trabajando en su oficina cuando llegó una persona que le ofreció muchas bondades sobre el fondo privado como por ejemplo que su dinero se iba a valorizar, que en el RPM corría el riesgo de perder su dinero en un futuro, que iba a tener más garantías y que su capital iba a incrementar, no solicitó más información a la que ellos suministraron; además, otro de los motivos de su traslado fue porque sus hermanos recibieron una charla sobre la AFP PORVENIR S.A, lo cual le generó seguridad de trasladarse, pero hace aproximadamente dos años recibieron una carta donde decía que PORVENIR S.A ya no los iba atender sino una aseguradora, por esta razón busco una asesoría privada y allí se percató que su mesada pensional era baja.

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

si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 20 de febrero de 1998 con efectividad el 1º de abril de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, debiéndose por tanto revocar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Se condenará en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. Se **REVOCAN** las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de esa demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 23 de agosto de 2019 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por GLORIA AMPARO GÓMEZ PÉREZ en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante GLORIA AMPARO GÓMEZ PÉREZ a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 20 de febrero de 1998 con efectividad a partir del 1° de abril de ese año, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

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

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

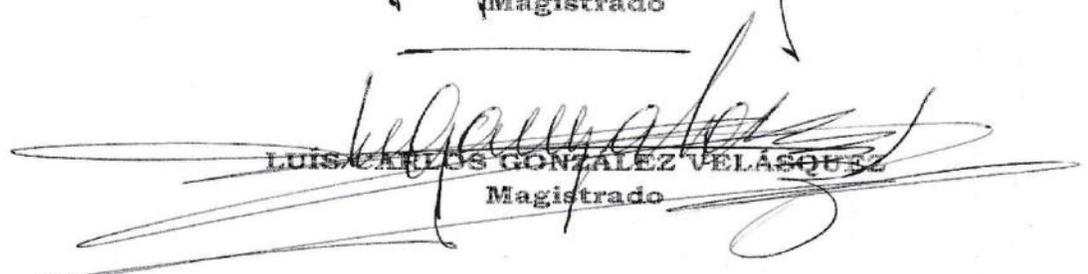
QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. Fijese como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 en favor de la parte demandante. Se REVOCAN las de primera instancia las cuales deberán estar a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


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. 110013105027201700373-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 7 de febrero de 2019 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **GLADYS SIERRA DELGADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA identificada con la C.C No. 65.701.747 del Espinal- Tolima y T.P No. 123.148 del CSJ, y como apoderada sustituta a la Doctora AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA con CC No. 51.713.048 de Btá y T.P No. 67.612 del CSJ en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 238-251.

ANTECEDENTES

GLADYS SIERRA DELGADO, pretende que previa declaratoria de la nulidad del traslado a PROTECCIÓN S.A., toda vez que la misma está afectada por vicios del consentimiento, se condene a dicho fondo al

reconocimiento y pago de los daños y perjuicios de orden moral y material a ella causados, condenando a COLPENSIONES a reconocerla como su afiliada conforme lo estipulado en la ley 797 de 2003, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que nació el 13 de marzo de 1960, se trasladó del ISS al RAIS administrado por DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A el 19 de julio de 1999, entre el 2 de enero de 1980 y hasta el 30 de junio de 1999 había cotizado un total de 894 semanas al RPMPD, ha cotizado en el RAIS 886.43 semanas, al momento de su traslado de régimen la asesora del fondo de manera persuasiva le indicó que allí recibiría una mesada pensional más alta que la del ISS entidad ésta que iba a desaparecer por quiebra, que se podría pensionar a los 45 años de edad, que recibiría intereses con los que se beneficiaría, y que podía acceder a la devolución de sus aportes cuando quisiera, entre otras situaciones ventajosas, al indagar sobre su pensión para cuando cumpliera la edad de 57 años fue informada que aunque no le alcanzaba para recibir un salario mínimo, ese sería el monto que se le reconocería, mientras que de continuar en COLPENSIONES su pensión sería de \$2.581.731 sin que nunca se le brindara información, clara y concreta sobre las desventajas o características comparativas entre los dos regímenes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo COLPENSIONES que aceptó los relacionados con la edad de la actora, su historia laboral, y su traslado al RAIS.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó: error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. (fls 97-108)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de cosa juzgada constitucional, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (fls 137-158)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de febrero de 2019 el Juzgado Veintisiete (27) Laboral

del Circuito de Bogotá resolvió declarar probada la excepción de prescripción y en consecuencia negar las pretensiones de la demanda, condenando a la parte actora en costas fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad, pues de acuerdo a la jurisprudencia laboral colombiana, el término prescriptivo para solicitar la nulidad de una afiliación resulta regresivo y contrario al ordenamiento superior (Art. 48 de la C.P), que tiene en el principio de progresividad uno de sus báculos, por lo que proceder en contrario sería otorgarle consecuencias jurídicas a un acto viciado con menoscabo a la pérdida de un derecho irrenunciable, tal y como así lo concluyó la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira en el radicado 43892 del 30 de abril de 2014; de ahí que el transcurso del tiempo no pueda ser un obstáculo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal concedido la apoderada de la demandante reitera su solicitud de revocatoria del fallo de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones ya que de acuerdo a extensa jurisprudencia el asegurado en cualquier tiempo puede hacer reclamos relacionados con la afiliación, evidenciándose en su caso la configuración de un error de hecho. Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES petitiona que se le absuelva de todas las pretensiones ya que la actora no hizo efectivo el derecho de retracto y la nulidad no se alegó dentro de los términos del artículo 1754, y en todo caso, ante una eventual condena, solicita que se ordene la entrega total de documentos y dineros (aportes, rendimientos, gastos de administración.).

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS, la Sala estudiará si en el presente caso era procedente la declaratoria de la excepción de prescripción como lo resolvió la A quo, o si por el contrario la misma no opera en decisiones declarativas de ineficacia del traslado de régimen, y en caso afirmativo, si hay lugar a la prosperidad de lo pretendido por la parte actora.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD - PRESCRIPCIÓN

Toda vez que ninguna de las partes se mostró en desacuerdo con el análisis efectuado en primera instancia, en cuanto encontró acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al haber incumplido PROTECCIÓN S.A., antes DAVIVIR, con el deber de información a la señora GLADYS SIERRA DELGADO, al no suministrar en forma clara y precisa, las características, condiciones, consecuencias y riesgos de dicho cambio de régimen; declaratoria del derecho que realizó la A quo para luego declarar la excepción de prescripción, es por lo que la Sala se considera relevada de realizar nuevamente pronunciamiento en tal sentido, adentrándose así al estudio de la referida excepción.

Pues bien, sea lo primero indicar que la excepción de prescripción para solicitar el traslado de régimen tuvo como sustento para su declaración por parte del Juzgado, el hecho de que la actora se hubiese enterado en el año 2012, del perjuicio que presuntamente le había ocasionado su traslado al RAIS, pero solamente hasta enero del año 2017 elevara formalmente la solicitud de nulidad de traslado a COLPENSIONES, como consta en la radicación de folios 46 y 47 y presentara la demanda base de esta actuación.

Al respecto, el ordenamiento que regula el fenómeno jurídico de la prescripción en materia laboral, cual es el Título II. Capítulo I del Código Sustantivo del Trabajo, frente a la prescripción de acciones enseña:

“ARTICULO 488. REGLA GENERAL. *Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.*

A su vez, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por la Ley 712 de 2001, prevé:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. *Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

De la normatividad en cita es dable concluir que si bien en el ámbito laboral existe norma que gobierna el fenómeno prescriptivo fijándolo en tres años, tratándose de la declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS, como quiera que la misma, precisamente, revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción, la consecuencia lógica de dicha circunstancia es que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo trienal antes contemplado, al ser una pretensión eminentemente declarativa, máxime si se tiene en cuenta que los aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual, como es sabido, se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad. Lo anterior, *“en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo”* (SL 8. mar. 2013 rad. 49741).

De tal modo, la razón le asiste a la censura cuando indica que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ya ha tenido la oportunidad de ocuparse del tema de la imprescriptibilidad de este tipo de declaraciones en diversas oportunidades, entre las que vale la pena rememorar la SL2611-2020 y la SL4811-2020, entre muchas otras, en las que reiteraron la SL 1421-2019, cuando en lo pertinente puntualizó:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de

extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

Así las cosas, al no haber sido materia de apelación la falta de información suministrada a la actora al momento de su traslado de régimen del ISS al RAIS a través de PENSIONES Y CESANTIAS DAVIVIR hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., efectuado el 19 de julio de 1999 con fecha de efectividad el 1° de septiembre de ese año, según certificado expedido por ese fondo obrante a folio 167, deberá revocarse la decisión de la A Quo que se abstuvo de declarar la ineficacia de dicha afiliación, al hallar demostrada la excepción de prescripción, para en su lugar acceder a la misma frente a la no prosperidad de dicho medio exceptivo; y en consecuencia, se deben retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir este, como si no hubiera sucedido, entendiéndose así que PROTECCIÓN S.A antes DAVIVIR debe devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES.

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

Se condenará en costas de esta instancia a PROTECCIÓN S.A. Las de primera instancia se REVOCAN para en su lugar dejarlas a cargo de esa demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 7 de febrero de 2019 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por GLADYS SIERRA DELGADO en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante GLADYS SIERRA DELGADO a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 19 de julio de 1999 con fecha de efectividad el 1° de septiembre de ese año, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

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

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

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás súplicas.

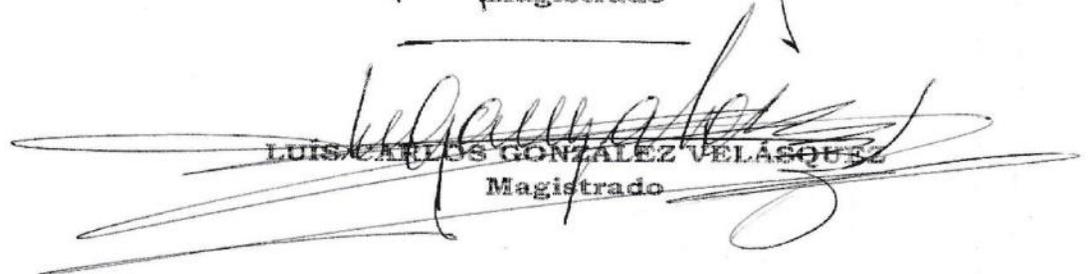
SEXTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. Fíjese como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 en favor de la parte demandante. Se REVOCAN las de primera instancia las cuales deberán estar a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GALLÁN
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. 110013105026201900395-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 20 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora MARÍA DEL PILAR MENDIETA GAITÁN en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA quien obra en nombre y representación de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 155 vto. – 166), y en el mismo sentido, también se reconoce personería al Dr. NELSON SEGURA VARGAS plenamente identificado en el poder que presenta a él conferido por PROTECCIÓN S.A (fls 167 a 174).

ANTECEDENTES

MARÍA DEL PILAR MENDIETA GAITÁN, pretende que se declare la nulidad del traslado de régimen que realizó al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A y, como consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A ordenar su retorno al RPMPD administrado por COLPENSIONES, junto con el correspondiente envío de los saldos o aportes pensionales que tenga consignados en su cuenta pensional, así como a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos; se ordene a COLPENSIONES aceptar su retorno , recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, aceptándolo en el sistema como si nunca hubiera existido un traslado de régimen; y se condene al pago de lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que ha laborado para la Contraloría General de la República, estuvo vinculada en el RPMPD, el 23 de abril de 1999 se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A, cuyos asesores no tenían conocimiento en temas de seguridad social, induciéndola, equivocadamente a vincularse al RAIS, ya que le dijeron que de no trasladarse perdería los beneficios pensionales del RPM, y no le indicaron los eventuales riesgos que podía tener, ni le realizaron una simulación o comparación del valor de la mesada, tampoco presentó solicitud de dicho régimen de manera escrita, por lo que su permanencia en dicho régimen lesiona su calidad de vida ante la irrenunciabilidad de los beneficios laborales, motivo por el cual solicitó a COLFONDOS S.A y a PROTECCIÓN S.A su desvinculación del RAIS pero le fue negada y COLPENSIONES no le ha contestado su petición de afiliación. (fls 2-17).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, traslado de aportes a COLFONDOS y la Genérica. (fls 52-85)

COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica (fls 124-131)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de validez de la afiliación a COLFONDOS, buena fe, inexistencia de vicio del

consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica (fls 150-164)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de noviembre de 2019, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS a partir de julio de 1999; condenar a COLFONDOS S.A a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la actora junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenar a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas; y condenar en costas a PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A a razón del 50% para cada una fijando como agencias en derecho la suma de \$600.000.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la apoderada de COLPENSIONES insistió en que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación al RAIS ni el traslado entre fondos, porque el traslado de la actora se realizó de manera libre y voluntaria, no observándose ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido toda la información necesaria sin que sea válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones. Por su parte, el apoderado de PROTECCIÓN S.A insistió en la improcedencia de la devolución de los gastos de administración por tratarse de un descuento autorizado en la ley el cual fue utilizado en debida forma obteniendo ganancias, siendo que las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado y de todas formas frente a la comisión de administración opera la prescripción.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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

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

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

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

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

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

es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

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

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

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

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

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

afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 93 consta formulario de afiliación diligente certificación expedida por COLFONDOS S.A en la que informa que la demandante se encuentra afiliada a dicho fondo desde el 26 de marzo de 1996, fecha de suscripción y con fecha de efectividad 01 de mayo de ese año, encontrándose activa en la cuenta, afiliación igualmente aceptada por COLPENSIONES en el certificado de folio 46 en el que indica que el traslado al fondo de pensiones fue aprobado el 26 de marzo de 1996, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, así mismo, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien aceptó haber firmado el formulario de afiliación y

traslado a COLFONDOS S.A porque el asesor que la visitó en su trabajo – Medicina Legal-, le informó que el ISS se iba a acabar y que las pensiones de los empleados públicos se verían afectadas, además, que su pensión en el fondo sería mejor, formulario que no diligenció en su integridad y por ello no comprendió sus consecuencias ya que sólo se le informaron los beneficios, sin que con posterioridad a la suscripción del mismo solicitara asesoría y, pese a que no ha solicitado pensión cuando se acercó a indagar fue informada en 2016 que la misma sería de \$1.100.000.oo.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo a folio 93 la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media administrado por el ISS al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 23 de abril de 1999 con fecha de efectividad del 1° de junio de 1999, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PROTECCIÓN S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación

presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PROTECCIÓN S.A el 23 de abril de 1999 con efectividad el 1º de junio de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el traslado entre fondos.

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

En la misma orientación, resulta acertada la orden de trasladar los gastos de administración como consecuencia de dicha declaratoria, en la medida que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los

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

COSTAS

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARÍA DEL PILAR MENDIETA GAITÁN en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

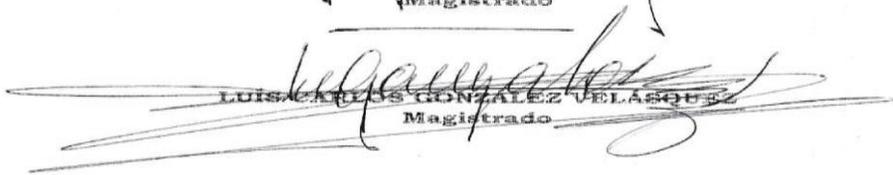
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILENA ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105029201700475-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 25 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **MARÍA INIRIDA VIATELA LOZANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con la integración del litis consorte **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA quien obra en nombre y representación de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 245 vto. – 256), y así mismo se tiene por reasumido el poder por parte de la doctora JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA como apoderada principal de COLFONDOS S.A (fl. 240)

ANTECEDENTES

MARÍA INIRIDA VIATELA LOZANO, pretende que previa declaratoria de la nulidad de su traslado a PORVENIR S.A. efectuada el 16 de marzo de 1998, al no haberle suministrado información completa y comprensible acerca de su traslado; se condene a dicho fondo a trasladar a COLPENSIONES los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, entidad esta última que a su vez deberá aceptarlos y reconocerla como beneficiaria del régimen de transición, condenando también a las demandadas en costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 18 de abril de 1956, estuvo afiliada al RPMPD a través de distintas cajas de previsión y el ISS desde el 27 de enero de 1978 y hasta el 16 de marzo de marzo de 1998 cuando se afilió a PORVENIR S.A, quien al momento del traslado le informó que no perdería ningún beneficio y podía pensionarse antes de la edad requerida, en total ha cotizado 1309 en los dos regímenes, su solicitud de traslado al RPMPD le fue negada por faltarle menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para pensionarse y según proyección de su mesada pensional realizada por la AFP si se pensionara a los 62 años la mesada sería de \$908.100 mientras que en el RAIS correspondería a \$3.477.334. (fls 78-107)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica (fls 122-127).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo. (fls 154-161)

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso las excepciones de Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la

afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls 203-218)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de octubre de 2019 el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante a COLFONDOS S.A suscrita el 15 de octubre de 1996, declarando que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; ordenar a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, concediéndole para ese propósito el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia; ordenar a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y a actualizar la historia laboral; ordenar a COLFONDOS S.A devolver los gastos de administración que hubiese descontado por el tiempo que permaneció afiliada la demandante a dicho fondo, los cuales debe girar a COLPENSIONES; y sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación para que se revoquen las condenas, pues el traslado se realizó con la observancia de lo dispuesto en la ley, debiéndose igualmente valorar el material probatorio recaudado, porque allí quedó acreditado que la demandante es profesional y por tanto no podía catalogarse como una persona no legista; además, tratándose de los gastos de administración no esta de acuerdo con la devolución ordenada toda vez que esos recursos ya se invirtieron para que la actora obtuviera unos rendimientos, los cuales nunca hubiera recibido en el RPMPD, vulnerándose con tal orden a las AFP las restituciones mutuas precedidas de buena fe, siendo que el seguro previsional se paga mes a mes a una aseguradora para que en caso de causarse el riesgo de invalidez o de sobrevivientes dichas aseguradoras paguen las diferencias necesarias para financiar la pensión, razón por la que no se debe ordenar la devolución ya que se estaría causando un empobrecimiento sin justa causa al fondo y un enriquecimiento a COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal COLPENSIONES insistió en la improcedencia de la declaratoria de la nulidad del traslado por haberse realizado de manera libre y voluntaria, precisando que la carga de la prueba la soportaba la parte actora y la imposibilidad de exigir requisitos a los fondos no previstos en la ley. Entre tanto, la demandante, a través, de su apoderado, solicitó confirmar la sentencia de primera instancia resaltando que la demandada no logró demostrar de manera fehaciente e inequívoca que al momento del acto jurídico de traslado le brindó asesoría pensional completa, integral, panorámica, imparcial y libre de vicios.

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

CONSIDERACIONES

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), la Sala estudiará: **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, y **ii)** si es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración a COLPENSIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que a folio 198 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a COLFONDOS S.A diligenciado el 15 de octubre de 1996, con fecha de efectividad el 1º de diciembre de 1996; prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 164). Así mismo se recibió el interrogatorio de parte de la señor MARÍA INIRIDA quien si bien aceptó que era abogada también dejó en claro que nunca la han capacitado en seguridad social y por ese motivo creyó en lo que le dijo el asesor al momento del traslado, como que el ISS se iba a acabar y que si no se pasaba no obtendría una pensión, no le dijeron que era beneficiaria del régimen de transición de lo cual se había enterado hacía apenas dos años, sin que se le explicara nada del régimen en ese momento y tampoco utilizó con posterioridad los canales de los fondos para indagar.

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

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS el 15 de octubre de 1996, con fecha de efectividad el 1º de diciembre 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, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

Últimamente, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará la decisión de la A quo, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación del fondo demandado.

Se condenará en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. dado el resultado del recurso. Las de primera instancia se confirman.

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

República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

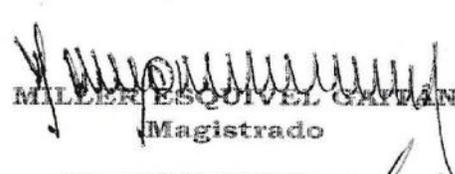
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARÍA INIRIDA VIATELA LOZANO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. con integración de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

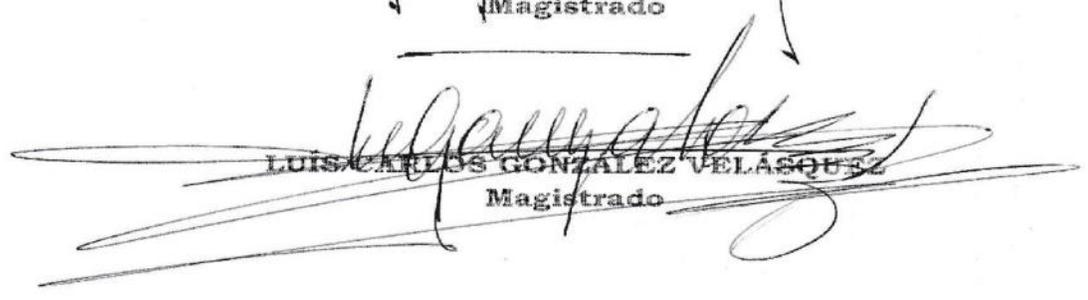
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL 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. 110013105018201700508-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 1° de octubre de 2019 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor JUAN MANUEL TEJEIRO SARMIENTO en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, , LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, CON INTEGRACIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de PORVENIR S.A al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ con CC 79985203 de Btà y T. P No. 115.849 del CSJ en los términos del poder otorgado (fls 310-326). Así mismo se tiene por reasumido el poder por parte de la Doctora JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA como apoderada principal de COLFONDOS S.A (fl 303).

ANTECEDENTES

JUAN MANUEL TEJEIRO SARMIENTO, pretende que se declare la nulidad de la afiliación del RPM al RAIS en su momento administrado por la AFP

Fondo de Pensiones Santander hoy COLFONDOS S.A; y como consecuencia, se ordene a dicho fondo devolver a COLPENSIONES todas las sumas adicionales, gastos de manejo y saldos con todos sus frutos e interés que hubiere causado como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado; ente este último que lo deberá reingresar al RPM; lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 28 de septiembre de 1954; que viene laborando desde el 14 enero de 1980 en la Universidad Nacional de Colombia por lo tanto se encontraba cotizando en la Caja de Previsión Social de dicha Universidad, la cual hace parte del RPM como administrador de un régimen pensional especial; el día 4 de mayo de 2000, ante una campaña de desinformación, firmó su traslado a la AFP SANTANDER hoy ING PROTECCIÓN sin tener información concreta de las consecuencias de su decisión; en el momento del traslado tenía cotizadas al RPMPD 808 semanas; ante la liquidación de la AFP SANTANDER el 23 de abril de 2008 se trasladó a COLFONDOS S.A contando con 46 años de edad; a la fecha tiene un total de 1800 semanas cotizadas; COLFONDOS S.A conocía que tenía 54 años de edad; las AFP PROTECCIÓN S.A y SANTANDER omitieron informarle las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen, que la mesada pensional en el RAIS dependía del total de capital acumulado en su cuenta de ahorro individual a diferencia del RPM que depende del tiempo acumulado y del salario base de cotización, entre otras características, mencionándole que el ISS se iba a quebrar en poco tiempo ocasionando la pérdida de sus aportes, que se podría pensionar a la edad y que podría realizar aportes voluntarios que incrementarían su pensión, sin indicarle las desventajas que ocasionaría el traslado; en el formulario de vinculación no existe constancia sobre el monto de la pensión en ambos regímenes; la AFP SANTANDER no obró con el principio de eficacia; actualmente devenga un salario de \$14.487.420 variable con diferentes empleadores; en abril de 2017 solicitó a COLFONDOS S.A una proyección de su pensión la que arrojó para mayo de 2017 de una mesada de \$4.820.000 pesos, mientras que en el RPM ascendería a \$10.432.822; y; sus solicitudes de nulidad de traslado le fueron negadas

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma tanto las demandadas con la litis consorte necesaria, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con su edad, afiliación a las AFP FONDO DE PENSIONES SANTANDER y COLFONDOS S.A, proyección de la pensión realizada por COLFONDOS S.A, y la solicitud elevada ante COLPENSIONES con su respectiva respuesta.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de Inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; Improcedencia de la declaratoria de nulidad del contrato de traslado pretendida; Prescripción; Caducidad; Inexistencia de causal de nulidad; Saneamiento de nulidad alegada, Compensación; No procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la Genérica (fls 96-110).

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A planteó las excepciones de Inexistencia de la obligación; Falta de legitimación en la causa por pasiva; No existe prueba de causal de nulidad alguna; Prescripción; No se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedor de un traslado al RPMPD; Buena fe; Compensación y pago; Genérica; Petición antes de tiempo; Ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y; Ausencia de vicios del consentimiento. (fls 119-153)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones que denominó Validez de la afiliación al RAIS; No pertenecer la demandante al grupo de personas que pueden regresar al RPM; Inexistencia de nulidades; Prescripción; y, la Genérica (fls 201-207 vto)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de Prescripción; Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; Buena fe; Prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; Enriquecimiento sin causa; y, la Genérica. (fls 259-265 vto).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1° de octubre de 2019 el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a las demandadas de cada una de las pretensiones incoadas en la demanda; declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, inexistencia del vicio del consentimiento e inexistencia de nulidades, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos; condenó en costas a la parte demandante, señalando como agencias en derecho la suma de \$150.000 valor que deberá Ser cancelado a favor de cada una de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación para que se revoque en su integridad y acceda a la totalidad de pretensiones incoadas en la demanda, teniendo en cuenta que la misma ley 100/1993 en el artículo 48 es clara cuando manifiesta que la decisión del traslado de régimen debe ser libre y voluntaria; además, la doctrina y la jurisprudencia ha sido reiterada cuando manifiesta que respecto de los actos jurídicos la voluntad tanto es su formación como en su exteriorización debe ser consciente y libremente emitida, lo que significa que deba ser “informada”, ello concatenado con lo dispuesto en el art. 60 literal c de la ley 100 de 1993 que dispone en su inciso tercero: *“la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permita la adopción de decisiones informadas por su parte el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente que entiende las consecuencias derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que se caracterizan en el fondo”*. Información que se echa de menos ya que tampoco se le informó sobre el derecho de retracto, esto es, en qué consistía y el terminó en que debía ejercerlo, omitiendo así brindar información clara y veraz tanto la administradora inicial PORVENIR S.A como las que vinieron a futuro teniendo en cuenta que el primer traslado se hizo en el año 2000, cuando el actor contaba con 46 o 47 años, mientras que cuando se trasladó a COLFONDOS S.A, tenía alrededor de 50 años por lo que los asesores debieron haberle suministrado la información debida; por último, la carga de la prueba se encuentra a cargo de los fondos demandados a quienes les correspondía demostrar que efectivamente brindaron informaron completa, clara, transparente y veraz respecto de las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones económicas que se podían obtener, los beneficios y desventajas o inconvenientes del mismo régimen y en general todas las implicaciones sobre los derechos pensionales que debían tenerse en cuenta al momento de tomar la trascendente decisión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PROTECCIÓN S.A solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia pues el demandante optó voluntariamente por su afiliación la cual se hizo con sujeción a la ley siendo su deber tener diligencia y cuidado en la celebración de sus negocios. Entre tanto, PORVENIR S.A indicó que en este asunto no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento, ni ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, tampoco la ineficacia del acto jurídico por falta del consentimiento informado, habiéndose acreditado con el formulario de afiliación que sí se brindó información clara y oportuna y en todo caso no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración. Sin pronunciamiento de las demás partes.

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

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y

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

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

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

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

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester

determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 267 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por la CAJA DE PREVISION SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL a PORVENIR S.A diligenciado con fecha del 4 de mayo de 2000, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 268). Igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien aceptó haber firmado el formulario de afiliación y traslado, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se trasladó a PORVENIR S.A, narró que fue en el año 2000 que se encontraba trabajando en la Universidad Nacional de Colombia y se hablaba del tema de la ley 100, las reformas pensionales, el hecho de que la Caja de Previsión de la Universidad donde todos estaban afiliados iba a cambiar,

de manera individual fueron a la oficina personas a ofrecerle los servicios de los fondos privados y le informaron las ventajas que tenía, que eso era un ahorro de uno, que era una bolsa de pensiones sobre la cual podía disponer planificar la pensión, que se podía heredar y que tenía rentabilidad; sobre esa base finalmente tomó la decisión de trasladarse, pero no le informaron las circunstancias precisas de cómo sería la pensión, después de muchos años llegó a la edad de pensión y le hicieron la proyección dándose cuenta de la diferencia extraordinariamente grande; en el año 2007 se enteró que se podía trasladar a menos de 10 años de la edad de pensionarse pero ya no cumplía con ese requisito, y después de mucho tiempo un abogado le indicó que podía realizar un proceso para hacer nula su afiliación con el RAIS.

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

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

PORVENIR S.A, el 4 de mayo de 2000 con efectividad el 1º de julio de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS a través de los distintos traslados entre fondos no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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

En este punto conviene indicar que si bien es cierto el último ente al cual estuvo afiliado el actor en el RPMPD antes de su traslado al RAIS fue la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL, toda vez que la misma fue liquidada y sustituida en la administración de los recursos por el Fondo para el Pago del Pasivo Pensional,¹ que únicamente se encarga de reconocer y pagar las pensiones, es procedente, como bien

¹ Las funciones del Fondo para el Pago del Pasivo Pensional, son: (i) sustituir a las cajas, fondos, entidades de previsión existentes en dichas universidades, o a la universidad en el reconocimiento y pago de las obligaciones pensionales; (ii) pagar todas las obligaciones pensionales descritas en el artículo 1º de la Ley 1371/09, esto es, los bonos pensionales, las cuotas partes pensionales, las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez, de sobrevivientes o sustitución pensional reconocidas antes de la Ley 100/93, las pensiones que se reconozcan o se hayan reconocido por efecto de la aplicación de la Ley 100/93 y las demás obligaciones pensionales derivadas del régimen pensional vigente; (iii) reconocer y pagar las pensiones de quienes tenían cumplidos los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez o jubilación, invalidez y sobrevivencia de acuerdo con el régimen pensional vigente, antes del 23 de diciembre de 1993; (iv) reconocer y pagar las pensiones de vejez o jubilación, de invalidez y de sobrevivencia o sustitución de quienes cumplieron los requisitos entre el 23 de diciembre de 1993 y la fecha de cierre o liquidación de la respectiva caja; (v) pagar los bonos pensionales, y de las cuotas partes de bono pensional, de los empleados públicos, personal docente y trabajadores oficiales que se afiliaron al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS o al régimen de ahorro individual con solidaridad; (vi) garantizar el estricto control del uso de los recursos y constituir una base de datos de los pensionados, de las personas a las cuales deberán efectuar el reconocimiento y pago de las pensiones, de los beneficiarios de los bonos pensionales y de las cuotas partes de bono pensional, y de las cuotas partes pensionales debidamente reconocidas, con el fin de cumplir todas las obligaciones que en materia pensional deba atender el respectivo Fondo y administrar los recursos correspondiente; y (vii) velar por el cumplimiento de todas las obligaciones que la Nación y la misma universidad, contraigan con el Fondo y en particular recaudar oportunamente los valores que correspondan a las obligaciones adquiridas en favor del Fondo. (Art. 6º).

se solicitó, disponer su retorno a COLPENSIONES², en la medida que las cotizaciones de las personas afiliadas a la Caja de Previsión Social que a la fecha de su cierre no cumplieron los requisitos para acceder a la pensión, serían enviadas al extinto ISS hoy COLPENSIONES, a pesar de que muchos de ellos, cuando tomen la decisión de disfrutar su pensión, seguirán siendo pensionados por la Universidad a través del nuevo Fondo; y en todo caso, una vez los cumplan, tienen que tramitar la solicitud de reconocimiento ante esta administradora del RPMPD.

La creación legal de un fondo para el pago del Pasivo Pensional de las universidades estatales del orden nacional lo que hizo fue centralizar el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas que estaban a su cargo, emolumentos que ahora son responsabilidad del Fondo (a éste concurren tres fuentes definidas: (i) recursos del presupuesto nacional; (ii) recursos de las universidades que les fueron girados con cargo al presupuesto asignado y con el fin de pagar pensiones a través de sus cajas y fondos previsionales; y (iii) los demás recursos que fueron acumulados en virtud de cotizaciones, reservas y otros ingresos propios de la administración de las pensiones por dichas cajas y fondos.)

Entonces, dado que la administradora del RPMPD llamada a recibir como afiliado al demandante es COLPENSIONES, deberá adelantar todos los trámites interadministrativos que estime necesarios para actualizar la historia laboral de éste y realizar los cobros respectivos ante la entidad a la que se encontraba vinculado antes de su traslado al RAIS o la que la subrogó en la obligación; y por supuesto, con la que actualmente administra los recursos.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

² El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: “*respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan*”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, algunas cajas quedaron temporalmente habilitadas para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenó y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES.

Constancias en ambas instancias a cargo de las AFP demandadas, atendiendo el resultado del recurso, por tanto se revocan las de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 1º de octubre de 2019 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por JUAN MANUEL TEJEIRO SARMIENTO en contra de de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, , LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, CON INTEGRACIÓN DE LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó el demandante JUAN MANUEL TEJEIRO SARMIENTO a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el día cuatro (4) de mayo de 2000, correspondiente al traslado de régimen que realizó en ese momento, proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

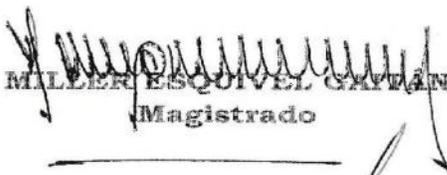
TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos su frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA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

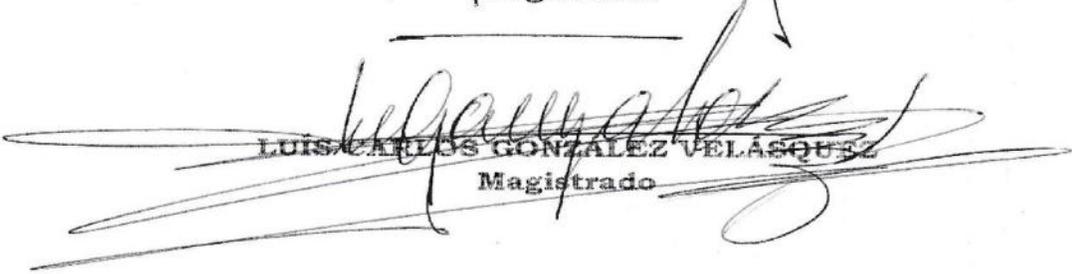
CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTA: CONDENAR en COSTAS de ambas instancias a las AFP demandadas. fijese en esta instancia como agencias en derecho la suma de \$908.526.ºº a cargo de cada una de ellas y en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se revocan conforme a lo dicho. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GALLÁN
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. 110013105010201800521-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A y PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 7 de octubre de 2019 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **GILBERTO CONTRERAS MORALES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 344 vto-355. En el mismo sentido se reconoce personería a la Dra. JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA con CC 53.077.146 de Btá y T.P No. 184.941 del CSJ como apoderada de PORVENIR S.A en los términos del poder otorgado (fls 359-379).

ANTECEDENTES

GILBERTO CONTRERAS MORALES, pretende que se declare la ineficacia del traslado y su afiliación al RAIS ante la omisión del deber de información; y

como consecuencia, se ordene además de su traslado y afiliación a COLPENSIONES, que OLD MUTUAL haga la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que hubieren causado y gastos de administración, y en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo, que la continúe pagando con el propósito de que no quede desprotegido, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones el 13 de septiembre de 1978; que el día 5 de agosto de 1995 se trasladó del ISS a PORVENIR S.A; que los promotores del fondo sólo diligenciaron el formato preestablecido para la afiliación sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, las consecuencias negativas de trasladarse y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen de pensiones, no le entregaron proyecciones ni comparativos del valor de la pensión en ambos regímenes, ni le explicaron hasta qué edad debía cotizar y con qué salarios para alcanzar una pensión similar o igual a la que recibiría en el ISS, cuánto capital ahorrado se exige para tener una pensión de salario mínimo, los requisitos para pensionarse anticipadamente y el derecho de retracto, entre otras cosas; que también faltaron a la verdad cuando le indicaron que se podría pensionar anticipadamente, que la mesada pensional sería más alta en el fondo privado que en el ISS, que el capital ahorrado iba a tener un rendimiento financiero y que el RPM iba a desaparecer; que ha elevado solicitudes de nulidad de la afiliación a las demandadas siéndole estas negadas; que de haber seguido cotizando al RPM el monto de su pensión sería de \$5.279.394 mientras que en el RAIS sería de \$1.204.670 generando una diferencia en el monto mensual de la pensión de \$4.074.724 y, que actualmente se encuentra cotizando a OLD MUTUAL S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con su afiliación al Sistema de Seguridad Social, las solicitudes a ellas elevadas con sus respectivas respuestas y que actualmente se encuentra cotizando en OLD MUTUAL S.A.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (fls 224-229).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. propuso las excepciones que denominó como inexistencia de

la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, buena fe, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento (fls 276-289)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe; prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 308-316 vto).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de octubre de 2019 el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad de la vinculación realizada por el demandante el 5 de agosto de 1995, y en consecuencia, ordenó su regreso inmediato a al RPM administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad; condenó a esta última a recibir y restablecer la afiliación del demandante al RPM; condenó a OLD MUTUAL S.A a entregar a COLPENSIONES todas las sumas recibidas mediante la afiliación del demandante, esto es la sumas correspondientes a cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos, cuotas y gastos de administración, con todos sus frutos, intereses y los rendimientos que se hubieren causado, devolución que deberá realizarse en el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esa providencia, con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que la devolución se realiza en los términos ordenados; condenó a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas al demandante por su vinculación a PORVENIR S.A correspondientes a cuotas y gastos de administración, esto es con todos sus frutos, intereses y los rendimientos que se hubieren causado, devolución que deberá realizarse en el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia que permitan establecer por parte de COLPENSIONES que la devolución se realiza en las condiciones de dicha sentencia; condenó a COLPENSIONES a que debe recibir las sumas provenientes de PORVENIR S.A Y OLD MUTUAL S.A y que una vez ingrese los valores de la cuenta de ahorro debe realizar la revisión de que se hayan hecho en los términos de la sentencia de primera instancia; entidad que así mismo deberá imputar de manera inmediata las semanas cotizadas por el demandante dentro del RAIS en su historia laboral del actor para efectos pensionales; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas y agencias en derecho a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se les absuelva de las pretensiones conforme a los siguientes argumentos:

PORVENIR S.A., porque en el trámite del proceso no se probó de forma suficiente la existencia del vicio del consentimiento y, por tanto, no se establece cual había sido la naturaleza de esa ineficacia que se reclamaba. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que durante aproximadamente 24 años el actor realizó aportes dentro del RAIS y adicionalmente decidió trasladarse en una ocasión dentro de administradoras de este mismo régimen, sin que la ignorancia de la ley sirva de excusa sobre todo cuando de acuerdo con el art. 1509 del CC, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; así mismo, el accionante confesó en su interrogatorio que suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, lo que refleja que sí se le suministró toda la información respecto a las características y ventajas que traía el traslado del régimen pensional, no pudiéndose hablar de desventajas simplemente porque en el momento de hacer la afiliación al actor le faltaban muchos años para consolidar su derecho pensional haciendo imposible realizar un cálculo de cuál régimen sería más conveniente, entonces, él sí tenía información respecto a las características más importantes del RAIS tales como que su pensión se causa a partir de los dineros ahorrados en la cuenta de ahorro individual, que adicionalmente de esas cotizaciones se generaban una serie de rendimientos y que tenía la posibilidad de pensionarse de manera anticipada; de ahí que no proceda la ineficacia de la afiliación porque no cumple con la expectativa de pensión que él tenía; por último, frente a la condena de gastos de administración, debe tenerse en cuenta que el fondo cumplió con todas sus obligaciones al momento del traslado y realizó una tarea profesional durante todos esos años de administrar los recursos pensionales del demandante, por lo que no resulta plausible que se le esté condenado a devolver estos mismos.

COLPENSIONES, en la medida que no comparte el análisis efectuado por el juzgado sobre las pruebas obrantes en el expediente, pues considera que hubo varias inconsistencias en la declaración del demandante que serían indicios de una posible asesoría, y si bien PORVENIR S.A no logró demostrar el cumplimiento total de sus obligaciones en cuanto a la información específica sobre cada uno de los regímenes pensionales, lo cierto es que la forma cómo se calculaba la pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia no es una situación suficientemente trascendental para tener acreditado el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de este fondo, y de contera la ineficacia del traslado, porque las pensiones de invalidez y sobrevivencia en ambos regímenes son exactamente iguales (se cumplen los mismos requisitos y se liquidan de la misma manera), de modo que no existe ninguna diferencia o perjuicio; y con respecto al interrogatorio de parte del actor, se evidenció su interés en hacer incurrir en error al despacho

omitiendo y mintiendo sobre las preguntas que se le efectuaron, siendo totalmente contradictorio y evasivo, ocultando información que le frustraba el monto de su pensión; finalmente, los deberes de buen consejo que tenga que haber cumplido o no un fondo privado se deben a factores totalmente externos.

OLD MUTUAL, en cuanto no es posible reintegrar las sumas descontadas por conceptos de comisión de administración si se tienen de presente los términos del art. 20 de la ley 100/1993; y en todo caso, se logró probar que el demandante sí conocía toda la información de lo que era un fondo privado y lo que era estar inmerso en el RAIS ya que conocía en dónde estaba afiliado, las condiciones y que los dineros que eran suyos estaban siendo manejados por el fondo bajo las condiciones preestablecidas por la normatividad; por lo que pretender no solamente el traslado sino la devolución de gastos de administración con detrimento de patrimonio propio de la AFP es claramente contradictorio, además se debe tener en cuenta que ya no están en sus arcas pues estos efectivamente fueron utilizados debidamente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la improcedencia de la nulidad del traslado solicitado por la parte actora porque el traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, no habiéndose demostrado ningún vicio del consentimiento de donde se puede concluir que recibió toda la información necesaria, soportando el demandante la carga de la prueba en contrario. Por su parte PORVENIR S.A solicitó la revocatoria de la sentencia por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado, no teniendo la obligación de desanimarlo y de todas maneras cumplió con las obligaciones contraídas, sin que el tomara la decisión de devolverse, además no es dable disponer la devolución de los gastos.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el interrogatorio de parte rendido por el demandante fue debidamente valorado determinando si confesó haber recibido la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si la permanencia en el RAIS por 24 años y el traslado entre fondos sana la nulidad del traslado de régimen, y **iv)** Si OLD MUTUAL S.A y PORVENIR S.A están obligadas a la devolución de sumas dineros por causa de la afiliación a ellos realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia

(artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación

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

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

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

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

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

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

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

vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 21 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 5 de agosto de 1995, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 320, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que la información que se le brindó al momento del traslado de régimen no fue clara, completa y veraz, limitándose la misma a que el ISS se iba acabar, por ello explicó que en el año 1995, siendo empleado de LAGROMER S en C., el funcionario del fondo PORVENIR S.A, en una reunión de media hora, de manera individual le ofreció la afiliación indicando que el ISS se iba acabar y que podría pensionarse en un menor tiempo con menos semanas, por ello, como había un auge de que todo el mundo se tenía que trasladar a un fondo privado accedió a trasladarse y si bien realizó preguntas sobre cómo diligenciar el formulario, no corroboró la información pues creía en la buena fe del fondo; y en relación con la asesoría de OLD MUTUAL, le comentaron que iba a tener una cuenta dónde estaban los ahorros y le iban a informar en un extracto mensual, enterándose hace dos años luego de ir a una firma de abogados de la diferencia de su mesada pensional entre los regímenes.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor GILBERTO CONTRERAS MORALES asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 5 de agosto de 1995 con efectividad a partir del 1º de septiembre de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS por 24 años no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladar entre fondos.

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

intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”

Últimamente, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

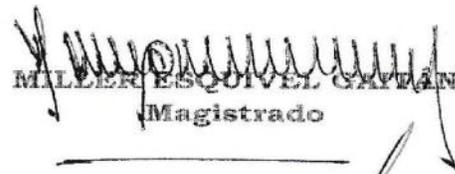
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de octubre de 2019 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por GILBERTO CONTRERAS MORALES en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

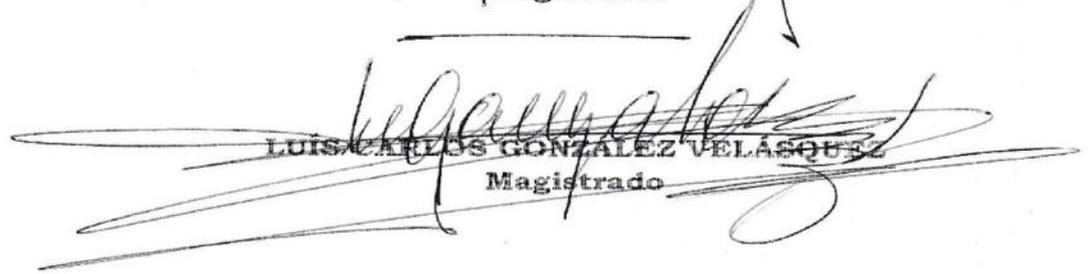
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A, OLD MUTUAL S.A y COLPENSIONES . Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ 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. 110013105026201700732-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Traslado al RAIS conforme la Ley 797 de 2003, devolución de rendimientos, costas, pensión a cargo de COLPENSIONES sin traslado aún de capital y rendimientos por parte del RAIS.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PORVENIR S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 20 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **MARICEL PRADA ULE** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA quien obra en nombre y representación de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 167 vto. – 168).

ANTECEDENTES

MARICEL PRADA ULE, pretende que se profieran las siguientes declaraciones: 1) que le asiste el derecho a que sus aportes sean trasladados de la AFP PORVENIR S.A a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que lo solicitó dentro de los términos establecidos legalmente para tal fin; 2) de manera subsidiaria a la anterior, que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS ante la falta de información dada por el fondo privado al momento de la afiliación; y 3) que ante cualquiera de esas dos declaraciones, que tiene derecho al reconocimiento de una pensión de alto riesgo. Como consecuencia de lo anterior: 1) se ordene a COLPENSIONES aceptar su traslado sin dilación alguna y proceder a reconocer la pensión especial de alto riesgo al cumplir con los requisitos exigidos en la ley; 2) se condene a las demandadas al pago de los daños y perjuicios causados conforme el art. 16 de la ley 446 de 1998; 3) se ordene el pago de la indexación laboral sobre los rubros que proceda; 4) se condene a lo que resulte ultra y extra petita; y 5) se condene al pago de las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que estando afiliada al ISS se trasladó a PORVENIR S.A el 1° de mayo de 1994, el 5 de septiembre de 2002 solicitó nuevamente su vinculación al RPMPD administrado por el ISS con el diligenciamiento del respectivo formulario de vinculación actualización al sistema general de pensiones, el 28 de agosto de 2002 el ISS le certificó su vinculación, al momento de su última solicitud ya habían transcurrido más de 5 años de permanencia en el RAIS y le faltaban más de 10 para cumplir la edad requerida para pensión, el 5 de julio de 2005 reiteró su petición de traslado de aportes pero el ISS le contestó que estaba válidamente afiliada a PORVENIR S.A., por error su empleador en noviembre de 2011 pagó a dicho fondo pero le comunicó esa situación al fondo y le solicitó el traslado de dicho aporte al ISS; en 2013 COLPENSIONES le informó que su solicitud de traslado no había sido aceptada por faltarle menos de 10 años para adquirir la pensión, siéndole negadas las solicitudes que en tal sentido elevó a las accionadas.(fls 3-10 y subsanación fls 54-63)

CONTESTACIÓN

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la generica la genérica (fls 78-82).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buenafe de la AFP PORVENIR S.A, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, ausencia de responsabilidad atribuible a esa sociedad y la genérica (fls 94-124)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de septiembre de 2019, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar que la actora se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES desde el 5 de septiembre de 2002; condenar a PORVENIR S.A a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados; condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la pensión especial de vejez por alto riesgo, a partir del día siguiente en que se haga efectivo su retiro, esto es de la última cotización, calculando el IBL con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, tomando los salarios más favorable (10 últimos años o toda la vida) al contar con más de 1250 semanas de aportes al sistema actualizados con base en el IPC, sin que pueda ser inferior al salario mínimo; absolver de las demás pretensiones; declarar no probadas las excepciones propuestas y; condenar en costas a las demandadas incluyendo la suma de \$1.200.000 como agencias en derecho a razón del 50% para cada una de ellas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de PORVENIR S.A., luego de solicitar la aclaración de la sentencia para saber si se había condenado o no a la devolución de los gastos de administración, y ser informada que no, por no haberse tratado de una nulidad de traslado sino de una selección de régimen conforme lo dispuesto en la ley, de todas formas interpuso recurso de apelación al considerar que no debe ordenarse el traslado de la cuenta con base en los rendimientos sino sólo el capital, ya que actuó de buena fe, pues desde que recibió a la demandante procedió conforme a derecho durante la afiliación y en vigencia de la vinculación, cubriendo todos los riesgos de IVM que de haberse hecho efectivos antes de este traslado se le habrían pagado, de ahí que tampoco procedan las costas del proceso al administrar de buena fe los recursos.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES presentó alegatos los cuales dirigió a sustentar la improcedencia de la declaratoria de la nulidad del traslado, la carga de la prueba y la imposibilidad de exigir requisitos a los fondos no previstos en la ley. Por su parte PORVENIR S.A., insistió en que no está obligada a trasladar a la demandante junto con los aportes ni rendimientos a COLPENSIONES como quiera que la misma se encuentra válidamente afiliada al RAIS debiendo ser ese fondo quien le defina su situación pensional, ello después de indicar que al 1° de abril de 1994 la actora sólo contaba con un total de 455 semanas cotizadas, equivalente a 8.83 años, y por tanto no cumple con los requisitos para retornar al RPMPD. Finalmente, la parte actora solicitó mantener incólume el fallo proferido porque se demostró que el ISS en comunicación del 28 de agosto de 2002 le certificó que estaba vinculada a esa entidad y en todo caso, PORVENIR S.A no aportó ninguna prueba al plenario que de cuenta que emitió la información suficiente al momento del traslado lo cual permitiría acceder, eventualmente a la pretensión subsidiaria.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS, es objeto del estudio de esta Sala determinar si hay o no lugar a disponer que junto con el capital se envíen los rendimientos causados en la cuenta individual de la demandante, como consecuencia del traslado del RAIS al RPMPD en ejercicio de su derecho a la libre escogencia, y si es procedente condenar en costas a PORVENIR S.A atendiendo el argumento de haber actuado de buena fe durante la vinculación de ésta; y en grado jurisdiccional de consulta, se verificara si la orden dada a COLPENSIONES de reconocimiento y pago de la pensión de vejez se encuentra ajustada a derecho.

DEL TRASLADO DE REGIMEN ESTABLECIDO EN EL LITERAL e) DEL ARTÍCULO 13 DE LA LEY 100 DE 1993 - TRASLADO DE RECURSOS

Toda vez que no es materia de discusión en la alzada la conclusión a la que llegó la falladora de primera instancia cuando encontró demostrado que la demandante, en uso legítimo de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, elevó válidamente la solicitud de cambio de régimen al extinto ISS hoy COLPENSIONES, ya que le faltaban más de 10 años para el cumplimiento de la edad para tener derecho a la pensión, y que el hecho de que tal solicitud no fue atendida por parte de las demandadas de manera oportuna no implicó que se encuentre inmersa en la prohibición contenida en el artículo 13 literal e) de la ley 100 de 1993; resta examinar

si con ocasión al retorno al RPMPD administrado por COLPENSIONES ordenado en la sentencia- que para todos los efectos debe entenderse válido desde el 5 de septiembre de 2002-, también deben trasladarse con junto con el capital acumulado en la cuenta los rendimientos obtenidos.

Al respecto, el Decreto 1833 de 2016 “Por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones” atinente al RAIS y el traslado de ese régimen al RPMPD, en lo pertinente enseña:

“ARTÍCULO 2.2.1.1.4. Régimen de ahorro individual con solidaridad. *En el régimen de ahorro individual con solidaridad los afiliados tienen una cuenta individualizada, en la cual se abona el valor de sus cotizaciones y las de su empleador, las cotizaciones voluntarias, los bonos pensionales y los subsidios del Estado si hubiere lugar a ellos, más todos los rendimientos financieros que genere la cuenta individual. El monto de la pensión es variable y depende, entre otros factores, del monto acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida retirarse el afiliado, de la modalidad de la pensión, así como de las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados.*

Podrán seleccionar este régimen todos los trabajadores actuales del sector privado y los servidores públicos, que tengan vinculación contractual, legal o reglamentaria, los trabajadores independientes, las personas que se vinculen laboralmente con posterioridad a la vigencia del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, y en general cualquier persona natural que no haya sido expresamente excluida de este régimen.

Quienes al 1º de abril de 1994 tengan cincuenta y cinco (55) años o más de edad si son hombres, o cincuenta (50) años o más de edad si son mujeres, podrán seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad, en cuyo caso deberán cotizar por lo menos quinientas (500) semanas en el nuevo régimen. En este evento será obligatorio para el empleador efectuar los aportes correspondientes.

Están excluidos de este régimen quienes se encuentren pensionados por invalidez por Colpensiones, o por cualquier fondo, caja o entidad de previsión del sector público.

Las personas que cumplan los requisitos para seleccionar el régimen de ahorro individual con solidaridad no podrán ser rechazadas por las administradoras del mismo.

(Decreto 692 de 1994, art. 5)”

(...)

CAPÍTULO 3

INCOMPATIBILIDAD DE RÉGIMENES Y TRASLADOS

ARTÍCULO 2.2.2.3.1. Traslado de régimen pensional. *Una vez efectuada la selección de cualquiera de los regímenes pensionales mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido cinco años contados desde la fecha de la selección anterior.*

Para el traslado del régimen solidario de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad y de éste al de prima media se aplicará lo siguiente:

1. Si el traslado se produce del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, habrá lugar al reconocimiento de bonos pensionales.

2. Si el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida se le acreditarán en éste último el número de semanas cotizadas en el primero y se transferirá el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso. Las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado se devolverán al afiliado, previa solicitud efectuada seis (6) meses antes del traslado.

(Decreto 692 de 1994, art. 15)

ARTÍCULO 2.2.2.3.2. Traslado de recursos. *Por razón de la selección, procede el traslado de los recursos a la administradora de pensiones seleccionada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2.2.2.3.3. del presente Decreto. En los casos en los que se haya presentado una múltiple afiliación de régimen o una múltiple vinculación de administradora se procederá de la siguiente manera:*

1. Si el traslado se produce desde una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad a otra o a Colpensiones, se deberá trasladar el valor acumulado en la cuenta de ahorro individual del afiliado;

2. Si el traslado se produce desde Colpensiones a una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad se trasladará el monto de las cotizaciones correspondientes al riesgo de vejez, efectuadas a partir de la fecha de su primera vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin perjuicio de la emisión del Bono a que hubiere lugar por tiempos anteriores a dicha fecha. Las cotizaciones que se trasladen serán actualizadas con una tasa equivalente al rendimiento generado por las reservas de vejez de Colpensiones, certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia. En el evento de agotamiento de las reservas de vejez de Colpensiones, las cotizaciones se actualizarán de conformidad con la rentabilidad mínima de que trata el inciso primero del artículo 54 de la Ley 100 de 1993.

En caso de que una administradora de pensiones haya recibido el pago de unos aportes correspondientes a una persona no vinculada, regirá lo dispuesto por el parágrafo del artículo 2.2.3.1.20. del presente Decreto.

(Decreto 3800 de 2003, art. 4)” . (Resaltado fuera del texto original propio de la Sala)

Del ordenamiento en cita fácil es colegir que, contrario a lo afirmado por la censura, el traslado del RAIS a COLPENSIONES, comporta la transferencia del valor acumulado en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, que comprende, como es sabido, el capital, los rendimientos y el bono pensional cuando sea del caso., debiéndose, inclusive, devolver las

cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado.

Y es que *“las cotizaciones de los afiliados y sus rendimientos constituyen una cuenta individual de naturaleza privada, que es administrada por la entidad que designe o escoja libremente el trabajador, en desarrollo de un mercado de libre competencia controlado por el Estado. Entonces, como quiera que la efectividad del régimen de ahorro individual depende de la cantidad de dinero depositada en la respectiva cuenta individual, conviene señalar que la misma está integrada por cuatro componentes básicos: (i) las cotizaciones obligatorias, (ii) las cotizaciones voluntarias, (iii) los rendimientos financieros y (iv) el bono pensional. Donde las cotizaciones obligatorias son aquellas creadas por la ley y que corresponden a la cuantía y proporción en ella definida (L.100/93, art. 20), equivalente al 13.5% del ingreso base de cotización[33]; las cotizaciones voluntarias, son los valores superiores al límite de cotizaciones legalmente establecido, que por voluntad del afiliado pueden cotizarse de forma periódica u ocasional, con el fin de incrementar el saldo de la cuenta individual (L. 100/93, art. 62); los rendimientos financieros son las utilidades obtenidas en el manejo de los fondos de pensiones, cuyo valor debe ser abonado a la respectiva cuenta individual (L. 100/93, art. 101) y el bono pensional, hace referencia al título representativo del valor proporcional de la pensión, el cual constituye un aporte que se hace efectivo en la cuenta individual del afiliado al momento de trasladarse de régimen pensional (L. 100/93, art 113 y 115).”¹*

Bajo tal entendido, dado que los rendimientos pertenecen a la cuenta individual de la afiliada mal puede negarse el fondo a su entrega al no ser de su propiedad, de ahí que no se encuentre desacertada la sentencia recurrida en cuanto ordenó la transferencia de éstos a COLPENSIONES, debiéndose, en consecuencia confirmar la decisión atacada en ese aspecto.

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A FAVOR DE LA DEMANDANTE Y A CARGO DE COLPENSIONES

Como quiera que la A quo, con ocasión a la declaratoria de validez de la selección y traslado de régimen pensional, accedió al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora MARICEL PRADA ULE a cargo de COLPENSIONES, procede la Sala a revisar en grado jurisdiccional de consulta si dicha orden se encuentra ajustada a derecho.

Sobre el particular habrá de revocarse la referida condena en la medida que si bien es cierto por virtud del traslado del régimen de prima media al

¹ Tal y como así lo analizó la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 130 del 13 de marzo de 2013 M.P Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

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

DE LA CONDENA EN COSTAS A PORVENIR S.A

Habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP², es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad PORVENIR S.A no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releve de su pago, dado que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus intereses sin que interese para tal efecto si actuó diligentemente durante la permanencia de la demandante en ese fondo, razón por la cual no hay lugar a revocar la condena por este concepto.

Así mismo, ante el resultado desfavorable del recurso de apelación es del caso imponer costas en esta instancia a dicho fondo
En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal TERCERO de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARICEL PRADA ULE en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA

² “**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)”

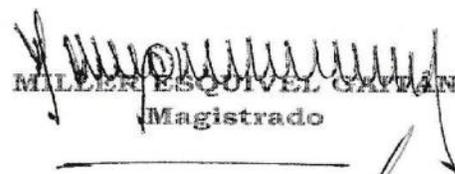
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

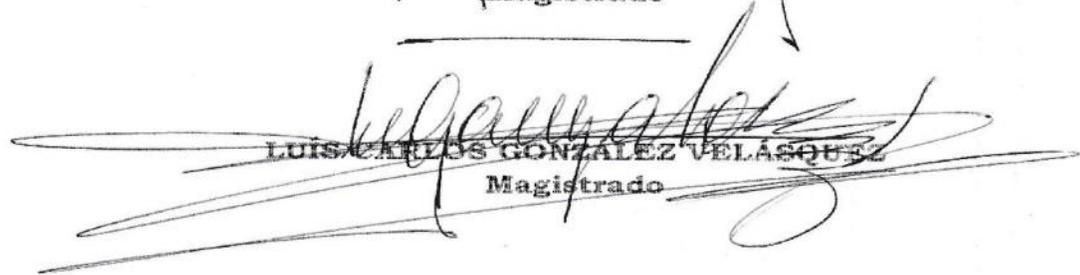
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. .110013105024201700749-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ARIOSTO JIMENEZ ZAMBRANO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES a la doctora ASTRID JASBLEYDE CAJIAO ACOSTA con CC No. 52.938.149 de Btá y T.P. No. 282.206 del CSJ en los términos y para los efectos del poder otorgado obrantes a folios 90-100.

ANTECEDENTES

ARIOSTO JIMENEZ ZAMBRANO, pretende se declare nula la vinculación y traslado del ISS a PROTECCIÓN S.A y como consecuencia, se ordene a dicho fondo devolver íntegramente el bono pensional recibido, así como las cotizaciones que por pensión percibió, junto con sus rendimientos, indexación e intereses de mora a COLPENSIONES; y las costas procesales incluyendo las agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que nació el 4 de noviembre de 1956; inició su vida laboral el 3 de agosto de 1979; se afilió al ISS el 3 de agosto de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1999 para un total de 704 semanas cotizadas; en diciembre de 1999 llegaron a su lugar de trabajo un grupo de asesores comerciales de PROTECCIÓN S.A quienes le dieron una información errada, engañosa y pervertida como que podría pensionarse antes de cumplir la edad exigida, que el ISS se iba a terminar, que tendría beneficios anticipados y que el monto de pensión era superior al que otorgaba el ISS; que con tantas promesas falsas se trasladó; que no se le brindó suficiente, clara y completa información sobre las reales implicaciones que conllevaba dejar el anterior régimen y sus consecuencias futuras; al 30 de septiembre de 2017 tenía un capital ahorrado equivalente a \$214.870.939; que solicitó información del cálculo de su mesada pensional fijándose en \$895.295.579 mensual; que en el RPM su mesada pensional sería muy superior a la que le ofrece el RAIS, por lo que elevó solicitud de traslado de régimen a las demandadas siéndole negada y que agotó la vía gubernativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarles o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, su historia laboral, la afiliación al ISS, el valor de la mesada pensional proyectado y la devaluación del peso colombiano.

COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, prescripción y la genérica. (fls 33 -38)

PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones de validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica. (fls 52-59).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de septiembre de 2019, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar probadas las excepciones de la validez de la afiliación y del negocio jurídico; absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por el demandante; y, no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia en su integridad, al considerar que es procedente la nulidad del traslado pues no hubo ninguna información por parte del fondo demandando al momento de la afiliación (noviembre de 1999), y en relación con la información brindada el 7 de julio del año 2008, debe tenerse en cuenta que faltó la idoneidad, no fue clara, no fue comprensible y no fue suficiente, toda vez que el demandante manifestó que aplazaba esa decisión porque tenía dudas sobre el sistema pensional, por lo que esa información fue dudosa y engañosa, ya que el fondo no le dio la oportunidad de poderse trasladar antes de los 10 años próximos a cumplir la edad para la jubilación, de ahí que siguiendo el criterio jurisprudencial en cuanto a que la información debe ser clara, comprensible y suficiente, exenta de engaño y duda solicita que se tengan en cuenta las sentencias citadas en el texto de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido solo se pronunciaron COLPENSIONES y la parte actora, la primera de ellas solicitando la confirmación de la sentencia de primera instancia en la medida que es improcedente la declaratoria de nulidad del traslado porque el actor suscribió de manera voluntaria y consiente el formulario de afiliación, además que se encuentra inmerso en la prohibición establecida en la ley 797 de 2003 para regresar al RPMPD y en todo caso no es beneficiario del régimen de transición. Entre tanto, la parte actora insiste en la prosperidad de sus pretensiones y por ello peticiona que se revoque el fallo al no haber estado el acto de afiliación acompañado de la información suficiente, clara y completa lo cual pasó por alto el juzgador de primera instancia.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, en particular quien soportaba la carga de la prueba de la información suministrada para ese momento y si la reasesoría brindada saneó cualquier vicio del consentimiento surgido al momento de la afiliación, en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada,

suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

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

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

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

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

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

el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 61 obra copia del formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A diligenciado el 11 de noviembre de 1999, con efectividad el 1º de enero de 2000, situación que igualmente se corrobora con el certificado expedido por ASOFONDOS visible a folio 60, pruebas de que en principio el traslado se realizó de forma correcta. Así mismo se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien indicó que es ingeniero de sistemas, que en el año 1999 llegó un vendedor a su lugar de trabajo y le ofreció trasladarse a PROTECCIÓN S.A porque el ISS se iba a acabar; que en el momento que le hicieron la asesoría no le facilitaron la información necesaria para saber cuáles eran las ventajas entre uno y otro régimen y por todas esas razones considera que su decisión no fue libre.

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

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PROTECCIÓN S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a dicho fondo diligenciado con fecha del 11 de noviembre de 1999, con fecha de efectividad del 1° de enero del siguiente 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, debiéndose por tanto ordenar su revocatoria, máxime cuando la reasesoría pensional que se le proporcionó el 24 de julio de 2008 (fl 62) no genera la consecuencia de validar la afiliación, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”*.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a

futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Costas en las instancias a cargo de PROTECCIÓN S.A dado el resultado del recurso.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 23 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ARIOSTO JIMENEZ ZAMBRANO en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó el demandante ARIOSTO JIMENEZ ZAMBRANO a PROTECCIÓN S.A, el 11 de noviembre de 1999, correspondiente al traslado de régimen que realizó en ese momento, proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida

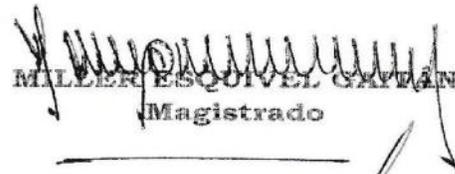
TERCERO: CONDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos su frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren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

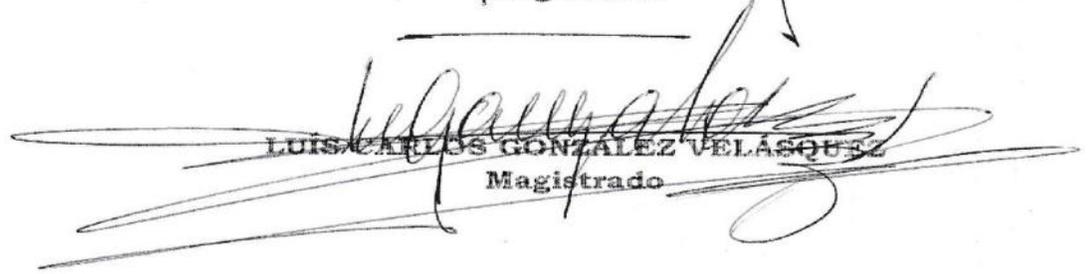
CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTA: CONDENAR en COSTAS en esta instancia a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. fijese en esta instancia como agencias en derecho la suma de \$908.526.ºº en favor de la parte demandante. Las de primera instancia a cargo también de PORVENIR S.A. Tásense por la A quo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105004201800796-01

En Bogotá D.C., hoy veintiséis (26) de marzo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de PORVENIR S.A y COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 7 de noviembre de 2019 por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **CARMENZA HENAO LONDOÑO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS identificada con la C.C No. 52.454.425 de Btá y T.P No. 121.126 del CSJ, y como apoderada sustituta a la Doctora CEIBOLT JULIETH ACUÑA MAYORDOMO con CC No. 1.023.916.764 de Btá y T.P No. 272.291 del CSJ en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 121 a 135.

ANTECEDENTES

CARMENZA HENAO LONDOÑO, pretende que previa declaratoria de la nulidad del traslado de ISS a PORVENIR S.A., al no haberle proporcionado dicha administradora información completa y comprensible acerca de su

traslado; se condene a dicho fondo a trasladar los aportes cotizados a COLPENSIONES, entidad esta última que a su vez deberá aceptarlos y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 8 de noviembre de 1984, condenándolas también en costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que se afilió al ISS el 8 de noviembre de 1984 aportando un total de 575 semanas, e afilió a PORVENIR S.A el 3 de diciembre de 1996 momento en el que no le fue informado el valor de su mesada pensional, ni le elaboró una proyección pensional, indicándole que el ISS se iba a acabar, sin explicarle la afectación que el traslado tendría sobre su mesada o las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen y menos sobre la posibilidad que tenía de regresar al RPMPD, elevando en el año 2018 solicitudes de traslado y nulidad de afiliación a las demandadas las cuales le fueron negadas. (fls 3-19)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones denominadas, validez de la afiliación al RAIS, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica (fls 57-65).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls 86-93 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de noviembre de 2017 el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la nulidad de la afiliación de la demandante a PORVENIR S.A para tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; condenar a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la

actora al RPMPD; y condenar en costas a PORVENIR S.A, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas interpusieron recurso de apelación los cuales sustentaron así:

PORVENIR S.A., porque **i)** se encuentra pactado el acto libre y voluntario de afiliación al RAIS; **ii)** en el momento en que se declara la nulidad no se pueden devolver los gastos de administración ya que están autorizados por la Superintendencia Financiera y, además, le generaron rendimientos a la actora, por lo que de devolverse los mismos se presentaría un enriquecimiento sin causa toda vez que sin la administración efectuada aquella no hubiera recibido rendimientos, de ahí que si se retrotraen las cosas al estado anterior entonces no habría lugar a los mismos; y **iii)** la carga de la prueba de la no información brindada le correspondía a la parte actora en tanto debió ser diligente en el acto jurídico, según diferentes salvamentos de voto.

COLPENSIONES: Porque la demandante firmó el formulario de manera libre y voluntaria y además no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que solicita la revocatoria del fallo de primera instancia y se le absuelva de las pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la parte actora insistió en la confirmación de la sentencia de primera instancia al no haber probado el fondo demandado el cumplimiento del deber de información y buen consejo que tenía con la demandante al momento de la afiliación y, de todas maneras, porque para la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen no es presupuesto ser beneficiario del régimen de transición. por su parte COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocatoria de la sentencia al considerar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al haber suscrito de manera libre y sin presiones el formulario de afiliación y se halla inmersa en la prohibición para retornar al RPMPD.

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

CONSIDERACIONES

La Sala analizará **i)** si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo así como el diligenciamiento del formulario de afiliación; **ii)** si es presupuesto para tal declaratoria ser beneficiario del régimen de transición; y **iii)** si es procedente disponer la devolución de los gastos de administración, todo ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la***

información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso". (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

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

de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que a folio 95 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 3 de diciembre de 1996, con fecha de efectividad el 1° de febrero de 1997; prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 96).

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella suministrada pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de

2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 3 de diciembre de 1996 con efectividad el 1° de febrero 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, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

Últimamente, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará la decisión del A quo, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación del fondo demandado.

Se condenará en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES dado el resultado de los recursos. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

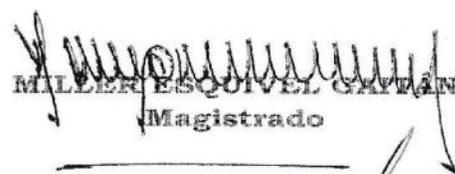
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2019 por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por CARMENZA HENAO LONDOÑO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

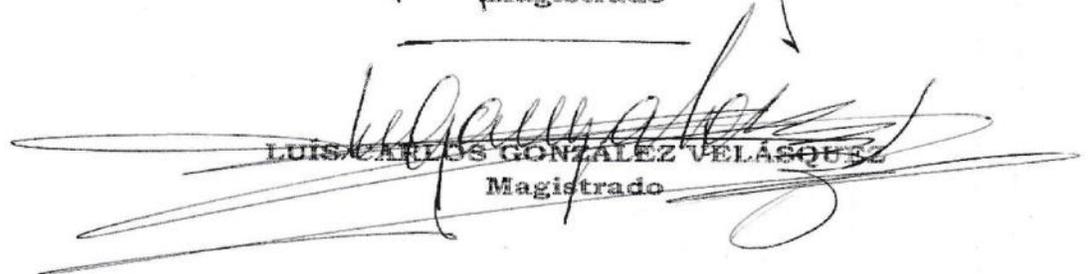
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$908.526, para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado