



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación Nº 110-01-31-03-001-2018-00654-01. Proceso Ordinario de Gloria Esperanza Romero Navajas contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir SENTENCIA, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de junio del 2020. Así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones, frente a aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de nulidad e ineficacia de la afiliación a la AFP Protección S.A, se ordene a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, y a esta última a activar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida y las costas del proceso.



Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto manifiesta que nació el 4 de noviembre de 1964, por lo que cotizó al ISS entre el 19 de abril de 1983 y el 31 de diciembre de 1994, aportando un total de 220 semanas; que se trasladó a la AFP Protección en el mes de enero de 1995, trasladándose nuevamente a Old Mutual en el mes de noviembre de 2008, sin embargo, en el mes de noviembre de 2013 la actora retornó a Protección, por lo que sumando los tiempos cotizados a las distintas administradoras de pensiones arrojaría un total de 1.382 semanas; que el traslado efectuado no estuvo asistido de una decisión informada, autónoma, ni consciente, ya que no se le informó a la demandante el impacto en su mesada pensional; que se elevaron derechos de petición el día 13 de abril de 2018, mediante los cuales se solicitó copia del formulario de afiliación, así como la proyección del derecho pensional, al igual que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado; que la AFP emitió respuesta el 3 de mayo de 2018, mediante el cual aportó copia del formulario de afiliación e hizo la proyección del derecho pensional, informando que la mesada pensional a la edad de 60 años ascendería a la suma de \$1.333.380, no obstante, de encontrarse en el RPM sería por el monto de \$3.101.364 a la edad de 57 años y negó la solicitud de nulidad, no obstante, la entidad no se pronuncia sobre la asesoría brindada, ni hace entrega del soporte documental; que elevó solicitud de nulidad ante Colpensiones el 13 de abril de 2018, la que fue negada por la entidad, quedando agotada la reclamación administrativa.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda en oposición a todas las pretensiones. Colpensiones propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. Por su parte la demandada Protección S.A. propuso entre otras las excepciones que denominó validez



de la afiliación a Protección, buena fe e inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la Administradora de Fondos Pensiones y Cesantías Protección S.A., y la condenó a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones con todos sus rendimientos que se hubieren causado o bonos pensionales si hubiere lugar, y a Colpensiones a autorizar el traslado. Lo anterior, por cuanto no se brindó la información clara, veraz y suficiente para que la actora hubiese tomado la decisión consciente de su traslado.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, por cuanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el litera e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por cuanto después de un año de vigencia de la norma, no se puede trasladar la persona cuando le falten menos de 10 años para obtener el derecho pensional, por lo que teniendo en cuenta que la demandante radicó la demanda el 4 de noviembre de 2019, para dicha data ya contaba con 55 años de edad, pues nació el 4 de noviembre de 1964, por lo que no se puede efectuar el traslado pretendido. Así mismo, señaló que en caso de encontrarse viable la ineficacia, se ordene el traslado de la totalidad del aporte efectuado por el afiliado, teniendo en cuenta cuotas de administración, rendimientos, redención de bonos pensionales, entre otros, conforme lo ha ordenado la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias con radicados No. 31189 de 2008, 17595 de 2017, 4989 de 2018 y 1421 de 2019, ya que de otra forma se afectaría el erario público de la entidad.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la falta de información que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

¹ *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su ruciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocetrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A debió



consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o siquiera haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar *"...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional."*; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podían materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *"la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado"*, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser o no beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúa la encartada los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de

Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que si bien la demandante manifestó conocer algunas de las ventajas que podía adquirir con su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, también lo es, que la misma no tuvo toda la información del mismo régimen, para adoptar la decisión más conveniente para su futuro pensional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los gastos de administración, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL 4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, enfatizando, que no se comprende la inconformidad de la apoderada de la demandada recurrente frente a la devolución de los saldos de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con los rendimientos y bonos

Rel: Radicación Nº 110-01-31-05-001-2018-00654-01. Proceso Ordinario de Gloria Esperanza Romero Navajas contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

pensionales a que hubiere lugar, púes así fue dispuesto por el aquo en su decisión.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que él mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, debe advertirse que no es posible acoger el dicho de la encartad frente a que la actora se encuentra en la prohibición del Literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, referente a la imposibilidad de efectuar el traslado cuando le falten menos de 10 años para adquirir el derecho pensional al afiliado, pues se reitera que lo pretendido en la ineficacia de la afiliación al RAIS, lo que genera que la misma nunca existió y por tanto nunca se generó el traslado, permaneciendo la demandante siempre en el Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por Colpensiones.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin Costas en las instancias dada la absolución efectuada por el fallador de primer grado y por el conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta.

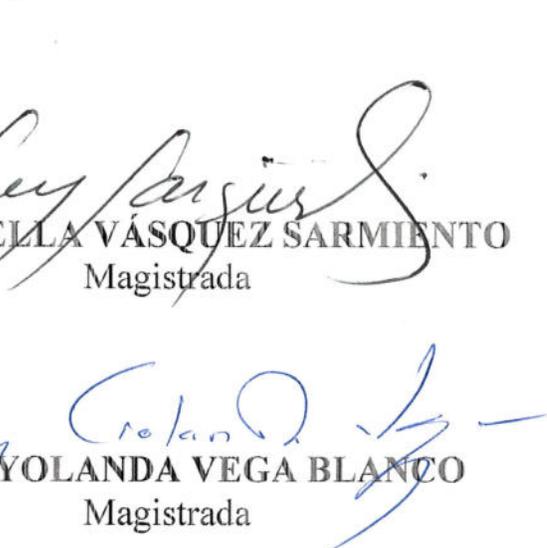
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de



Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: SIN COSTAS** en las instancias, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto
parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-002-2017-00501-01. Proceso Ordinario Carlos Ernesto Quiroga Villanueva contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 2º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 30 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad el 17 de marzo de 2005 y que es válida y

vigente la afiliación a Colpensiones; se condene a esta última a entidad a recibirlo nuevamente como afiliado cotizante y a la AFP Porvenir S.A. a liberarlo de su base de datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 24 de diciembre de 1957, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales cuando comenzó su vida laboral en el mes de mayo de 1977 en donde permaneció hasta el 17 de marzo de 2005, fecha en la cual se trasladó a Porvenir S.A.

Señaló que el momento del traslado el agente comercial de la AFP Porvenir le ofreció la posibilidad de pensionarse a cualquier edad y que el monto de la pensión sería más alto al que se le otorgaría en el ISS, y que además le indicó que esta última entidad se iba a liquidar y que por ello sus aportes se encontraban en riesgo.

Indicó que el agente comercial omitió informarle que el monto del capital requerido para obtener una pensión en renta vitalicia y retiro programado, ni que el plazo para retornar al régimen de prima media con prestación definida y tampoco realizó una proyección respecto de su pensión.

Añadió que de acuerdo con una proyección realizada en el año 2017 el monto de su pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad es de \$737.717,00 al cumplir los 62 años de edad, en tanto el capital que acumula en su cuenta es de \$103'908.735,00; al cabo que en Colpensiones su mesada pensional sería de \$2'305.142,00.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presión alguna el formulario de afiliación a la AFP Colfondos y posteriormente suscribir formulario a AFP Porvenir y propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

Por su parte la AFP Porvenir S.A. sostuvo que la firma del afiliado en el formulario de afiliación da a entender la voluntad de este y que en razón a ello se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Propuso las excepciones de prescripción, falta de casusa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

Mediante providencia del 28 de junio de 2018² la Juez de conocimiento dispuso la vinculación al proceso de la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la que una vez notificada dio respuesta a la demanda en oponiéndose igualmente a las pretensiones de la demanda, precisó que el demandante se traslado de régimen el 12 de mayo del año 2000 y que por intermedio de su agente comercial antes, durante y después de su afiliación brindó información de manera clara, concisa, pertinente y comprensible sobre todos y cada una de los aspectos comprensibles del RAIS y propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, buena fe, compensación, prescripción de la acción y ausencia de vicios del consentimiento.

¹ Cfr fls 62 a 71

² Cfr fl 131

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la nulidad del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia de ello ordenó a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido producto de la afiliación del demandante sin realizar descuentos por concepto de gastos de administración.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia qué, de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral, los administrados de fondos de pensiones tienen la obligación de proporcionar la información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible sobre todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute del derecho pensional, que le permita tomar una decisión consiente y reflexiva al afiliado; y que en el asunto la demandada no acreditó tal situación, pues simplemente se limitó a informar la afiliación.

Inconformes con la determinación los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., interpusieron recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

Aduce el apoderado de la AFP Porvenir S.A. que aun cuando no se indicó que tipo de nulidad era la que se declaraba, la misma debe corresponder a una nulidad de carácter relativo, la que afirma es susceptible de ratificación, lo que a su juicio ocurrió con el traslado del demandante de la AFP Colfondos a la AFP Porvenir.

Sostiene que en el evento en que se confirme la determinación de la servidora judicial de primer grado en torno a la falta de validez del acto de afiliación, solicita se revoque la negativa a permitir que se descuenten los gastos de administración, pues con ocasión a las inversiones que se realizó su representada fue lo que le permitió al demandante obtener rendimientos respecto de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual y en tal sentido el traslado de los mismos a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin causa.

Por su parte la apoderada de Colpensiones solicitó se tenga en cuenta que el precedente jurisprudencial no debe aplicarse de manera objetiva, sino analizando las circunstancias de cada caso en concreto en especial a lo atinente a los derechos adquiridos y expectativas legítimas del régimen de transición.

Y agrega que con la declaratoria de nulidad de la afiliación del demandante no se está teniendo en cuenta la afectación del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensión.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición

³ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos

que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los

incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

Tal como lo consideró la servidora judicial de primer grado, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que Colfondos S.A. AFP, debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar,

por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción de los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, motivo por el que se ha de modificar la decisión de primer grado en dicho sentido. No sin antes precisar, que no resulta de recibo el argumento que expone el apoderado de la AFP Porvenir, en tanto la información que se suministre al afiliado no solo debe ser completa y veraz, como se indicó en forma precedente, sino que además debe ser oportuna, de tal manera que el momento en que debió suministrarse al demandante fue cuando se efectuó su traslado del régimen de prima media al régimen ahorro individual con solidaridad, de tal manera que a juicio de la Sala tal obligación no puede entenderse tácitamente suplida con un acto posterior como es el traslado entre administradoras máxime cuando no es posible establecer que en alguno de dichos traslados se hubiere cumplido con el deber de información a que se ha hecho alusión, para poder siquiera plantenarse la ratificación del acto inicial.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la demandada Colfondos S.A. AFP, y como consecuencia de ello a Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber

de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, lo que en todo caso en nada obsta para que Colfondos tenga igualmente la obligación de asumir el pago de las cuotas de administración que descontó, y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, y en tanto se aduce una descapitalización del sistema del régimen de prima media con prestación definida, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino

en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad de la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia.

SEGUNDO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- CONDENAR a la demandada Colfondos S.A. Administradora de Pensiones y Cesantías a efectuar el traslado a

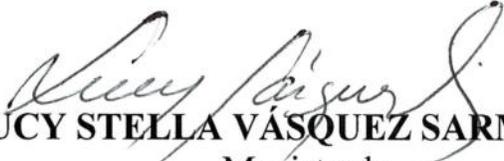


Colpensiones de los valores que descontó de las cotizaciones del demandante por concepto de cuotas de administración.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

QUINTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C. treinta (30) abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref. Radicación N° 110-01-31-05-003-2018-00467-01. Proceso Ordinario de Claudia Fajma Tang Forero contra la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Otros. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir SENTENCIA, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de febrero de 2020; así como el grado jurisdiccional de consulta en aquellos puntos que no fueron objeto de apelación respecto de las entidades públicas demandadas.

ANTECEDENTES:

La accionante solicitó se declare que cumplió con el requisito de edad para la pensión de vejez, no obstante no cumple con el requisito de semanas cotizadas del RAIS, ni con el capital necesario para obtener la prestación, por lo que se procedente la devolución de saldos contenida en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 por parte de Protección S.A., así como, que se

redima de forma anticipada el bono pensional por parte de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y como consecuencia de las anteriores, se condene a Protección S.A. a la devolución de saldos contenidos en la cuenta de ahorro individual por la suma de \$74.305.749, junto con los rendimientos financieros, intereses y el bono pensional que emita la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las costas del proceso.

Tuvo como fundamento de sus peticiones, que se encuentra Vinculada a la AFP Protección S.A. desde el 8 de septiembre de 1995, teniendo la edad de 57 años al momento de radicar la demanda y está cotizando desde el 8 de marzo de 1989, aportando un total de 532.42 semanas en pensión, teniendo como saldo en la cuenta de ahorro individual por la suma de \$100.305.396; que la demandante cuenta con 57 años de edad, no ha cotizado 1300 semanas en pensión y no acredita el ahorro suficiente en su cuenta individual para obtener el derecho al a pensión de vejez del 110%; que la actora elevó solicitud de devolución de aportes el 8 de junio de 2017 ante Protección, bajo el sustento que no cuenta con los recursos para continuar efectuando los aportes al sistema de pensiones, administradora que dio respuesta negativa el 6 de septiembre de 2017, bajo el sustento que no era procedente la devolución de saldos, por cuanto no tenía el capital suficiente para la concesión de la pensión de vejez, decisión contra la que se interpuso recurso de reconsideración el 28 del mismo mes y año, no obstante, la entidad se mantuvo en la negativa de conceder la devolución de saldos mediante oficios del 25 de octubre de 2017, sosteniendo en dicho documento, que la afiliada podría obtener eventualmente la pensión de vejez con la emisión del bono pensional a la edad de 60 años, no obstante, tal argumento es una posibilidad respecto de la que no hay certeza de su materialización; que en la comunicación del 6 de septiembre de 2017 emitida por Protección, se le informó que la negociación del bono depende de la tasa de los comisionistas de bolsa y puede incrementar o disminuir el

capital que da derecho a la pensión, por lo que no se puede negar la devolución de saldos bajo dicha figura y se puede negociar el bono conforme lo dispone el artículo 67 de la Ley 100 de 1993, bono que tan solo sería redimible el 14 de mayo de 2020 y la demandante no cuenta con un mínimo vital, pues no cuenta con trabajo o ingreso económico alguno; que la demandante lleva más de 3 años sin cotizar; que agotó la reclamación administrativa ante la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cartera que negó el derecho discutido mediante comunicado del 21 de febrero de 2018; que la demandante contrajo matrimonio civil el 26 de abril de 2018.

El *aquo* condenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a liquidar el Bono tipo A modalidad 2 de la actora y a Colpensiones a emitirlo y pagarlo a favor de la AFP Protección S.A. y a esta última entidad, a que una vez cuente con el mismo, proceda con la devolución de saldos que consagra el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Lo anterior, por cuanto consideró que los aportes efectuados por la demandante deben ser retornados al afiliado, pues tal como lo dispone la norma que trata el tema de la devolución de saldos, establece que se procederá con la devolución de los aportes, rendimientos y bonos pensionales si hubiere lugar a ello, por lo que es procedente el cómputo del bono reclamado por la demandante.

Inconforme con la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron otorgados en el momento procesal oportuno.

La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpuso recurso de apelación frente al numeral 1º de la decisión proferida, por cuanto impuso la obligación a dicha entidad de proceder con la emisión del bono pensional, situación que ya fue realizada por la entidad, tal y como lo demuestra el único medio de prueba que tuvo como fundamento el fallador de primer

grado, de lo que se denota que la obligación se cumplió con la expedición de la resolución No. 19189 de 2019, acto del que tienen conocimiento tanto la administradora de pensiones como la demandante, así como, que para la emisión del bono pensional esta no se realiza de oficio, sino a petición de parte y bajo tal presupuestos, se aleja de su competencia el reconocimiento de la devolución pretendida por la actora, por lo que se debe revocar la orden impartida en su contra.

La demandada Protección S.A. interpuso recurso de apelación contra las condenas impuesta, en el sentido de que si bien no desconoce el derecho que tiene la demandante a la devolución de saldos, también lo es, que es la misma sociedad quien debe verificar si la actora cumple o no con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, más aún, cuando en el proceso no se ha constatado la emisión del bono pensional, ya que si bien se aportan unos documentos por la parte actora, no se corrió el traslado de los mismos a la pasiva, con los cuales pudiera constatar si ya se cuentan o no con los dineros objeto del bono. De igual forma, señala que no hubo falta de lealtad procesal, ya que la administradora no se opuso, ni se allanó al a pretensiones de la demanda, sino que por el contrario, manifestó estarse a lo probado en el asunto, lo que denota la buena fe de la pasiva, por lo que se debe modificar la condena, en el sentido que de forma principal se estudie el derecho a la pensión de vejez y de no constarse con el capital necesario para tal fin, proceder con la devolución de saldos que reclama la afiliada.

Finalmente, Colpensiones solicita se revoque la decisión proferida, por cuanto es Protección quien debe solicitar la emisión del bono pensional y es dicha entidad quien debe proceder con la devolución de saldos, no obstante, la redención del bono se efectúa hasta los 60 años, por lo que fue Protección quien resultó vencida en juicio, debiéndose modificar la sentencia, en el sentido que no existe condena en contra de Colpensiones, sino la

declaración de que Colpensiones debe tramitar el bono pensional de la demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho que no es objeto de controversia que la señora Claudia Fayma Fang Forero cuenta con más de 57 años de edad, así como, que se encuentra afiliada a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; el problema jurídico a resolver en esta segunda instancia está relacionado con determinar si hay lugar a la expedición del Bono Tipo A que reclama la demandante, para la configuración de la devolución de fondos por encontrarse en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que los bonos pensionales se encuentran regulados a partir del artículo 115 de la Ley 100 de 1993, que establece:

“ARTÍCULO 115. BONOS PENSIONALES. Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

Tendrán derecho a bono pensional los afiliados que con anterioridad a su ingreso al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplan alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;*
- b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;*
- c) Que estén vinculados mediante contrato de trabajo con empresas que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones;*
- d) Que hubiesen estado afiliados a cajas previsionales del sector privado que tuvieren a su cargo exclusivo el reconocimiento y pago de pensiones.*

PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono.”.

Así mismo, el artículo 121 *ibídem* dispone:

“ARTÍCULO 121. BONOS PENSIONALES Y CUOTAS PARTES A CARGO DE LA NACIÓN. *La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado bono pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de los Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualesquiera otra Caja, Fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.*

Los bonos a cargo de la Nación se expedirán con relación a los afiliados con anterioridad a la fecha de vigencia de la presente Ley y sobre el valor de la deuda imputable con anterioridad a dicha fecha.”.

Atendiendo la norma precedente, se evidencia que en efecto es posible la expedición del bono pensional en favor de las personas que hubieren cotizado al Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones, siempre y cuando hubiesen efectuado aportes en no menos de 150 semanas al momento del traslado, situación en la que en principio se encontraría la actora, ya que se advierte de la historia laboral visible a folio 138 del plenario¹, que la señora Fang Forero cotizó al entonces ISS entre el 8 de marzo de 1989 y el 31 de octubre de 1997, un total de 318.57 semanas.

Ahora bien, debe advertirse que la devolución de saldos se encuentra regulada en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

“ARTÍCULO 66. DEVOLUCIÓN DE SALDOS. Quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho.”

De acuerdo con lo anterior, el artículo 66 del mismo compendio establece la posibilidad de la devolución de saldos en favor del afiliado, para la cual se debe tener en cuenta el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y el bono pensional si hubiere lugar a ello, no obstante, para que proceda la misma, se debe estudiar de forma previa la posibilidad de garantía mínima de la pensión de vejez, que tiene como requisitos para el caso de las mujeres cumplir 57 años de edad y haber cotizado por lo menos 1.150 semanas cotizadas en su vida laboral.

De acuerdo con lo anterior, la demandante nació el 14 de mayo de 1960, por lo que cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes de 2017 y no cotizó

¹ Historia Laboral Digital.

las 1150 semanas, por cuanto conforme con las proyecciones realizadas por protección visibles a folios 90 a 91 y 94 a 95, se advierte del primero de ellos que sin ningún beneficiario y otorgándose el reconocimiento a partir del 1° de junio de 2017 la demandante debería acreditar un capital por la suma de \$175.385.353 para el reconocimiento de la pensión de vejez, no obstante, para dicha fecha solo tendría un ahorro por el monto de \$115.177.539 y respecto del segundo, con un beneficiario y con fecha de redención del bono pensional al 14 de mayo de 2020, para el reconocimiento de la prestación por vejez debería tener un capital de \$180.384.725, no obstante, para la misma data en la cuenta de ahorro individual el monto sería de \$171.769.593, de lo que se advierte que no causaría el derecho a la pensión de vejez al no contar con unos aportes equivalentes al 110%; aunado, con que tan sólo demostraría un total de 532.43 semanas cotizadas en la vida laboral, por lo que es procedente la devolución de saldos que reclama la demandante y por lo cual, no es posible acoger el dicho de la demandada Protección S.A., en lo referente a que se permita proceder con el estudio de la pensión de vejez, pues como se dijo con anterioridad, no tendría el capital ahorrado suficiente para garantizar su mesada pensional, lo que implicaría una tardanza mayor que afecta los derechos de la afiliada.

Frente al tema del cómputo del bono pensional, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se pronunció mediante sentencia con radicado 41001 del 17 de julio de 2013, M.P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, en la que la Alta Corporación indicó:

“En esencia, en el cargo se reprocha al Tribunal por haber dispuesto la inclusión del valor del bono pensional dentro de la devolución de saldos, por virtud de que: i) de acuerdo con las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, los bonos pensionales solo son compatibles con la financiación de una pensión de vejez y no con una devolución de saldos; ii) y porque, en todo caso, en vigencia de

la Ley 100 de 1993, no resulta posible mezclar las prestaciones de sus dos regímenes, con factores propios de un régimen exceptuado como el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

En torno a la primera cuestión planteada, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 establece claramente que "(...) quienes a las edades previstas en el artículo anterior no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas, y no hayan acumulado el capital necesario para financiar una pensión por lo menos igual al salario mínimo, tendrán derecho a la devolución del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos financieros y el valor del bono pensional, si a éste hubiere lugar, o a continuar cotizando hasta alcanzar el derecho." (negrillas fuera de texto).

Por su parte, los artículos 113, 118 119 y 121 de la Ley 100 de 1993 regulan la naturaleza, clases y formas de emisión de los bonos pensionales. Así también lo hace el artículo 1 del Decreto 1299 de 1994, norma que en el artículo 11 prevé que "(...) el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional. 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia. 3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993." (negrillas fuera de texto).

De acuerdo con las disposiciones trascritas, el raciocinio del censor es abiertamente infundado, puesto que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos que regula el artículo 66 de la Ley 100 de 1993. Por lo mismo, las dos erogaciones - bono pensional y devolución de saldos - no son excluyentes, ni el bono pensional está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, como equivocadamente se denuncia en el cargo.

Ahora bien, aunque la meta ideal del Sistema de Seguridad Social es que los bonos pensionales contribuyan, en principio, a la financiación de una pensión de vejez, pues lo deseable es que todas las personas adquieran una, como fruto de su trabajo, lo cierto es que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad,

hacen parte de una reserva de propiedad del afiliado, que debe serle reintegrada cuando no alcanza los límites legales para pensionarse.

Por lo mismo, cuando la norma condiciona la inclusión del bono pensional dentro de la devolución de saldos, a través de la expresión "si a éste hubiere lugar", no hace cosa diferente a preveer que su cómputo debe partir de la base de que hubiera sido posible emitirlo, para financiar una eventual pensión de vejez. En otras palabras, cuando es viable pagar un bono pensional para financiar una potencial pensión de vejez, porque se dan las condiciones legales necesarias para esos efectos, esa erogación también puede ser comprendida dentro del cálculo de una devolución de saldos, pues hace parte del capital del afiliado acumulado dentro de su cuenta de ahorro individual.

Sería irracional y contrario a la justicia pensar en que, como lo propone la censura, si el afiliado no alcanza las condiciones para pensionarse, que entre otras es una realidad derivada de las arduas exigencias legales necesarias para ello y del azaroso mercado de trabajo, debe perder también el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, que ha sido el fruto de su trabajo y de sus contribuciones al sistema.

Por lo mismo, la devolución de saldos debe ser pensada y entendida como una prestación alternativa a las pensiones, que busca compensar los intentos fallidos de pensión y cumplir de otra manera con los fines de la seguridad social, por lo que debe comprender todos aquellos factores derivados del trabajo y del ahorro del afiliado, que buscaban soportar financieramente su jubilación, como el bono pensional.

Así las cosas, el Tribunal no entendió de manera errónea las normas incluidas dentro de la proposición jurídica, cuando ordenó que dentro la devolución de saldos, debía incluirse el valor del bono pensional.

Así las cosas, se advierte que tanto de la norma mencionada de forma anterior, como del criterio jurisprudencial transcrito, que es viable el cómputo del bono pensional, junto con el capital ahorrado y los rendimientos financieros generados para efectuar el reconocimiento de la

devolución de saldos, por lo que frente a tal aspecto se deberá confirmar la decisión de primer grado.

Ahora bien, debe advertirse que no es procedente acoger el criterio expuesto por parte de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en el entendido que conforme con la prueba documental aportada por la parte actora y visible a folio 168 del plenario, se puede concluir que dicha Cartera cumplió con su deber de liquidar, emitir y pagar el bono pensional, pues si bien en dicho documento se indica que se efectuó un pago de bono pensional por la suma de \$51.824.000, también lo es, que no se advierte medio de prueba diferente a dicho documento en el que se acredite tal situación, pues la parte interesada no allegó al plenario la copia de la resolución No. 19198 de 2019, que fue supuestamente el acto administrativo en el cual se sustentó la emisión anticipada del bono pensional, por lo que al no tener documento alguno que verifique tal supuesto, si es procedente condenar a dicha demandada a liquidar el bono pensional en caso de que no lo hubiera hecho, en los mismos términos dispuestos por el a quo.

Igual situación ocurre respecto del argumento de Colpensiones, en el sentido que se debió declarar que debía iniciar el trámite de emisión y liquidación del bono pensional, más no imponer la condena automática de su pago, por cuanto tal situación no se realiza de oficio por parte de Colpensiones, sino que debe mediar la solicitud de la administradora de pensiones para proceder de dicha forma, no obstante, en el caso bajo estudio ocurre una situación particular que debe ser tomada en cuenta y no es otra, que la demandante tuvo que acudir al aparato judicial para poder hacer valer sus derechos frente a la devolución de saldos, ya que la administradora en la que se encuentra afiliada no realizó dicho trámite, y como quiera que la devolución de saldos, que es una prestación contemplada en la Ley 100 de 1993 se realiza mediante un pago único, la misma debe contener tanto el

saldo ahorrado en su cuenta individual, como los rendimientos financieros y los bonos pensionales si hubiere lugar a ellos, como ocurre en el sub judice, se hace más traumática la situación de la actora al emitirse dicha orden, lo que impediría el goce efectivos de los derechos de la seora Fango Forero.

Finalmente, debe indicarse que si bien la negativa en el reconocimiento de la devolución de saldos por parte de Protección S.A. y de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, fue bajo el sustento que la demandante al cumplimiento de los 60 años probablemente tendría derecho a la pensión de vejez, también lo es, que como le refirió la misma administradora privada a la demandante en comunicación del 6 de septiembre de 2017, *“Adicionalmente es importante precisar que para la negociación estaríamos sujetos a la tasa que ofrezcan los comisionistas de bolsa, situación que puede incrementar o disminuir el capital para definir el derecho a la pensión, por eso solo hasta el momento de la negociación tendremos clara la prestación económica a la cual usted tiene derecho”*, situación de la que se advierte, que para el momento en que la actora cumplió los 57 años de edad, no contaba ni con las 1.150 semanas, ni con el capital suficiente ahorrado para proceder con la concesión del derecho pensional y dejaba librado al azar, el reconocimiento de la misma, por cuanto se debía negociar el bono pensional, argumento con el cual era procedente la concesión de la devolución de saldos pretendida por la demandante, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en su integridad.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo únicamente del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y sin ellas en la alzada, dado el conocimiento de la diligencias también en el grado jurisdiccional de consulta.



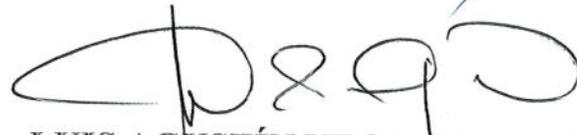
Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-003-2018-00467-01. Proceso Ordinario de Claudia Fayma Fang Forero contra la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Otros (Apelación Sentencia).

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia. **COSTAS.** Sin ellas en esta instancia y las de primera instancia estarán a cargo únicamente del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-005-2019-00236-01. Proceso Ordinario Rocío del Pilar Hernández Ortiz contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el día 23 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. es nulo o inválido por falta de información, de conformidad con los artículos 13 y

271 de la Ley 100 de 1993; se ordene su traslado del referido régimen al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, junto con el traslado de los ahorros y rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual junto con el traslado de la información.

En subsidio de las anteriores pretensiones solicitó se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual por no haberse brindado una información adecuada, suficiente, cierta y comprensible y como consecuencia de ello se ordene su reintegro automático al régimen de prima media con prestación definida de manera que la AFP Porvenir S.A. restituya la totalidad de los valores que hubiere recibido.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 9 de mayo de 1962, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 31 de octubre de 1985 hasta el mes de abril de 1999 cuando se trasladó a la AFP Porvenir S.A.

Aduce que al momento del traslado de régimen los Asesores Comerciales de Porvenir S.A. le informaron las ventajas y beneficios pensionales de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, que se podía pensionar a cualquier edad y que el régimen de prima media con prestación definida se iba a terminar por la liquidación y quiebra de las entidades que lo administraban.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que la afiliación de la demandante al RAIS es válida en tanto obra como soporte de las mismas las cotizaciones que efectuó de manera libre y voluntaria, y que

¹ Cf fls 103 a 112

dentro del expediente no obra soporte que demuestre un vicio del consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios y compensación.

Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías², por su parte indicó que la información suministrada a la demandante se ajusta a las disposiciones legales y que la demandante tomó una decisión informada y consiente y en señal de ello suscribió el formulario de afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *a quo* declaró la nulidad del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir y como consecuencia de ello ordenó trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que se configuró la existencia de un vicio en el consentimiento de la demandante, en tanto la AFP Porvenir S.A. teniendo la obligación de suministrar información clara, completa y veraz acerca de las consecuencias del traslado de régimen no lo hizo, pues dentro del plenario conforme lo reconoció la demandante al absolver interrogatorio de parte, tan solo se le señalaron algunas ventajas, pero no se acreditó que se le hubiere brindado alguna información sobre las desventajas y riesgos de su traslado al RAIS.

² Cfr fls 131 a 143

Inconformes con la determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

Aduce la apoderada de Colpensiones, que de acuerdo la demandante se trasladó válidamente al RAIS puesto que al suscribir el formulario de afiliación aceptó las consecuencias de su traslado a dicho régimen y no demostró haber sido engañada o algún otro vicio.

Agrega en el mismo sentido que la demandante que con la permanencia por de la demandante por más de 15 años, se subsanó cualquier vicio y que en todo caso, se esta ante un error de derecho que no vicia el consentimiento conforme lo ha reconocido la H. Corte Constitucional.

De otra parte, agrega que la demandante no puede retornar al régimen de prima media porque se encuentra incurso en una causa de carácter legal y porque se vulneraría el artículo 48 de la C. Pol. ante la descapitalización del sistema de seguridad social.

El apoderado de la AFP Porvenir S.A., aduce en síntesis que el impacto monetario del traslado de régimen en el derecho pensional de la demandante no debe ser la causa que conlleve a declarar la ineficacia del negocio jurídico, pues tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, lo que debe garantizar el sistema de seguridad social es la cobertura frente a unos riesgos y contingencias, más no así un valor en específico.

Afirma que los regímenes pensionales establecidos en la Ley 100 de 1993, son coexistentes pero son excluyentes y que la demandante de manera libre, voluntaria, espontánea, sin ningún tipo de presión y de manera informada decidió trasladarse al RAIS.

Sostiene que la carga de la prueba no debería ser trasladada de manera absoluta a los fondos de pensiones, puesto que la afiliación al RAIS es un negocio jurídico que involucró el asentimiento de dos voluntades y no se debe permitir que el promotor del proceso asuma una actitud 100% pasiva, quien como en el asunto tan solo se preocupó por su futuro pensional aproximadamente 20 años después de su afiliación.

Señala que contrario a lo que consideró el juez de primer grado, de acuerdo con el interrogatorio de parte sí hubo información suficiente para establecer que se brindó información necesaria y suficiente, y que el único motivo para solicitar la nulidad de la afiliación fue el monto de la pensión.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, contrario a lo que plantean los recurrentes, la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse; ello en cuanto la administradora de fondo de pensiones y el afiliado no se encuentran en un plano de igualdad, como lo pretende plantear el apoderado de la AFP Porvenir S.A.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³,

³ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

En este punto interesa señalar que si bien la demandante al absolver interrogatorio de parte, hizo referencia a que se le informó por parte de Porvenir que el monto de su prestación de vejez iba a ser en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente y que en razón a ello busco asesoría profesional, considera la Sala que lo que esta circunstancia lo que pone de presente es la forma o si se quiere el momento en que la demandante advirtió que había sido engañada, al no habersele puesto de presente las consecuencias de su traslado de régimen.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme

con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Sin embargo, no existe dentro del plenario medio de convicción que dé cuenta de ello, pues a pesar de que la demandante al absolver interrogatorio de parte refirió que se le brindó una asesoría, no es posible establecer que se la misma se ajustara a los supuestos antes enunciados, es decir, una información completa y veraz acerca de su situación pensional.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción de los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, motivo por el que se ha de modificar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la demandada Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el

régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que la AFP Porvenir S.A., debe devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, tal como lo determinó el servidor judicial de primer grado, y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, y en tanto se aduce una posible descapitalización del sistema del régimen de prima media con prestación definida, debe

advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en esta instancia cargo de Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad de la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia.

SEGUNDO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible



reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia cargo de Porvenir S.A., para su tasación inclúyase la suma de \$500.000,oo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-008-2019-00354-01. Proceso Ordinario Néstor Cifuentes Orjuela contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 30 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene a las demandadas realizar las gestiones necesarias para su traslado al régimen de prima media con prestación definida por cumplir los establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los postulados contemplados en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004, SU-062 de

2010 y SU 130 de 2013, al haber cotizado al 1° de abril de 1994 más de 750 semanas y que como consecuencia de ello se ordene a la AFP Protección S.A. trasladar la totalidad de los dineros que se encuentran en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, para que esta proceda a corregir y actualizar su historia laboral.

En subsidio de las anteriores pretensiones, solicita se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 24 de agosto de 1999, por la indebida y nula información que le suministró el fondo privado; y como consecuencia de ello se ordene a la AFP Protección trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, para que una vez esta última entidad reciba sus aportes proceda a corregir y actualizar su historia laboral.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 20 de febrero de 1959, que estuvo vinculado al Ministerio de Defensa Nacional desde el 17 de enero hasta el 30 de diciembre de 1977 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales 10 de febrero de 1978, en donde permaneció hasta el 31 de julio de 1999, acumulando un total de 988,14 semanas.

Señaló que el momento del traslado el agente comercial de la AFP Porvenir le ofreció la posibilidad de pensionarse a cualquier edad y que el monto de la pensión sería más alto al que se le otorgaría en el ISS, y que además le indicó que esta última entidad se iba a liquidar y que por ello sus aportes se encontraban en riesgo.

Indicó que el 24 de agosto de 1999 se trasladó del entonces ISS a la AFP Protección S.A., pero que sin embargo esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió; y que tampoco le informó cuando le faltaban menos de 10 años para cumplir

la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión la imposibilidad de trasladarse de régimen a pesar de que era su obligación.

Indicó que hasta el 31 de enero de 2019 acumula en el régimen de ahorro individual 463 semanas, para un total de 1.501 semanas; y que el monto de su pensión en el régimen de ahorro individual asciende a la suma de \$3'817.034,00 mientras que en el régimen de prima media con prestación definida sería de \$7'922.782,00.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Administradora de Fondos de pensiones y Cesantía Protección S.A.¹ adujo que el contrato de afiliación es plenamente válido y produjo efectos jurídicos puesto que confluyen en él todos los elementos de existencia y validez. Propuso las excepciones de validez de la afiliación a Protección e inviabilidad del traslado de régimen, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por erro de derecho, buena fe y prescripción.

Colpensiones² adujo en esencia que no es procedente declarar que el contrato de afiliación del demandante al RAIS es nulo y/o ineficaz, en tanto a su juicio obran documentales suficientes que permiten determinar que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia de ello condenó a Protección a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos por motivo de la afiliación del demandante, tales como

¹ Cfr fls 84 a 91

² Cfr fls 110 a 118

cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por concepto de administración y sumas adicionales con los rendimientos que hubiere causado; y condenó a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional y recibir los valores que le traslade Protección S.A.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que, con ocasión a la expedición entre otros del Decreto 656 de 1994 las Administradoras de Fondos de Pensiones tienen la obligación de suministrar en forma eficiente, eficaz y oportuna, todos los servicios inherentes a su calidad incluido el deber de información y que de esa forma ha tenido oportunidad de señalarlo la H. Corte Suprema de Justicia, la que al hacer alusión al deber de información que recae en las AFPs, precisa que la misma corresponde a la situación particular del afiliado; y que en el asunto nos e aportó medio de convicción que diera cuenta del cumplimiento de tal obligación.

Inconformes con la determinación los apoderados de las demandadas, interpusieron recurso de apelación los cual fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la AFP Protección S.A. se opuso a que se ordene que el traslado de los dineros a Colpensiones incluya los valores que se retuvieron por concepto de gastos de administración, en tanto que, de acuerdo con lo que establece el artículo 1746 del Código Civil, que hace alusión de las restituciones mutuas, se claro que se debe reintegrar el capital y los rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual y que conforme con lo que al efecto establece el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, en la cuenta de ahorro individual del demandante no se encuentran los gastos de administración en tanto se trata de un dinero válidamente cobrado por

disposición legal y que permitió que a la fecha hubiera obtenidos unos rendimientos financieros que no hubiera obtenido en el régimen de prima media con prestación definida y que en consecuencia si no se permite el descuentos de los mismos implicaría que el demandante se lucró de unos dineros a los cuales no tiene derecho.

Por su parte el apoderado de Colpensiones aduce que no comparte el análisis del material probatorio que se aportó al proceso, pues a su juicio de acuerdo con las exigencias normativas vigentes para el momento en que el demandante se trasladó de régimen pensional y que consistía en la sola firma del formulario de afiliación la cual obra dentro del expediente, el que aduce no fue desconocido o tachado de falso por la parte actora y que en consecuencia, con el mismo debió entenderse el cumplimiento de las obligaciones legales, máxime cuando no existía ninguna obligación relativa a documentar la asesoría, ni efectuar simulaciones pensionales o efectuar escenarios comparativos entre los diferentes regímenes pensionales.

Sostiene que no se desconoce con ello el deber de información, sino que el mismo ha tenido modificaciones, pero que para el momento del traslado del demandante ese deber de información estaba ratificado y demostrado con la firma del formulario de vinculación; encontrándose en la imposibilidad de aportar algún medio probatorio del cual pueda acreditar el cumplimiento de dichas obligaciones, máxime cuando desde el momento del traslado han transcurrido más de 15 años.

Finalmente indicó que la única motivación del demandante es obtener una mesada pensional superior a la que le correspondería en el régimen de ahorro individual, lo que afirma no solo no es un hecho imputable a las administradoras, porque tiene que ver con el manejo administrativo y financiero de cada uno de los regímenes pensionales y que de acuerdo con los salvamentos de voto de la sentencia SL1452 de 2019, no puede

establecerse una línea única de decisión de los casos de nulidad e ineficacia de traslado.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, contrario a lo que aduce el apoderado de Colpensiones, la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas

implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición

³ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

Tal como lo consideró la servidora judicial de primer grado, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Colmena, hoy Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción de los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, motivo por el que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP Protección S.A., pues en realidad no existe medio de convicción que dé cuenta del cumplimiento de las obligaciones a su cargo relativas al deber de información; lo anterior a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando,

que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que la AFP Protección S.A., es quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la parte actora.

En igual sentido, y en tanto se aduce una descapitalización del sistema del régimen de prima media con prestación definida, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento

del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

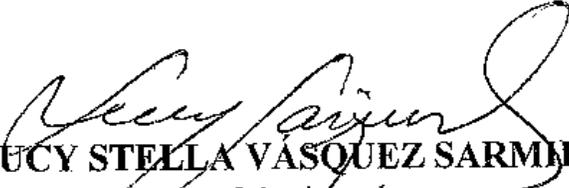
RESUELVE

PRIMERO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

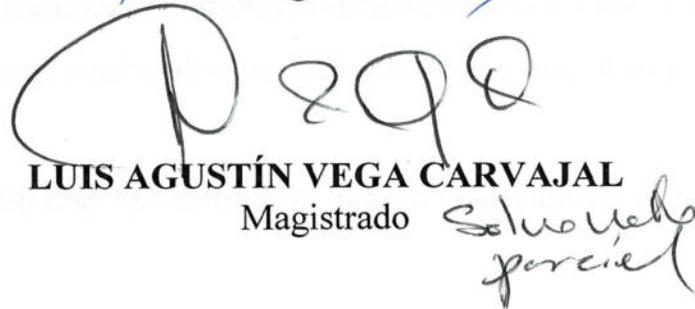
TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-010-2018-00400-01. Proceso Ordinario Manuel José Jaime Castro contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 9 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que fue inducido a error por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al haber omitido suministrar información completa veraz e imparcial

sobre los beneficios e inconvenientes relacionados con la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; así como de la ineficacia de su afiliación a la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello se encuentra vigente la afiliación a Colpensiones; se condene a la demandada AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes cancelados desde octubre 1999 por su indebida afiliación y su historia laboral por el tiempo que ha venido cotizando en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 28 de diciembre de 1956, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 15 de marzo de 1977, en donde cotizó de forma interrumpida hasta el 30 de septiembre de 1999, momento a partir del cual se afilió a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Aduce que al momento en que se trasladó, el asesor del fondo privado no le entregó la información con la transparencia necesaria en la exposición de razones, no efectuó proyecciones, ni le brindó información idónea respecto de las ventajas y desventajas de su traslado de régimen para garantizar su derecho a la toma correcta de la decisión, y que además omitió informarle oportunamente la posibilidad de retornar al régimen de prima media con prestación definida, sin ningún impedimento legal, por resultarle más favorable.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ aceptó los hechos relativos a la afiliación al régimen de prima media con prestación definida. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad,

¹ Cfr fls 38 a 43

cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por su parte adujo que al momento del traslado al demandante se le brindó información clara, verás y suficiente para que de manera libre tomara la decisión consentida, y agregó, que el derecho pensional del afiliado se va construyendo a lo largo de su vida laboral de acuerdo con la estabilidad en sus cotizaciones. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe y enriquecimiento sin causa.

Frente a dichas súplicas, el *a quo* declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad ante la AFP Porvenir y que la demandante se entendía válidamente afiliado a Colpensiones y condenó a la AFP Porvenir S.A. a hacer entrega a Colpensiones de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante y ordenó a esa última entidad realizar la correspondiente imputación a la historia laboral del demandante.

Determinación a la que arribó al considerar que de acuerdo con el criterio sentado por la Máxima Corporación de Justicia Laboral, las Administradoras de fondos de pensiones sí tenía en la obligación de que le permita entender la lógica de los sistemas de pensiones públicos y privados de pensiones, lo que implica un parangón entre uno y otro sistema e informar las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, pero que en el asunto no existe medio probatorio que diera cuenta de tal circunstancia, siendo insuficiente para ello el formato de afiliación, máxime cuando su traslado implicaba la pérdida del régimen de transición.

Inconforme con la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado la demandada Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente que no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen porque tanto el artículo 13 como el artículo 271 de la Ley 100 de 993 establecen tal posibilidad cuando se evidencia un flagrante condicionamiento, pero que sin embargo en el asunto no se acreditó el demandante hubiera sido coaccionado a trasladarse de régimen.

Considera en el mismo sentido que la permanencia del accionante en el régimen de ahorro individual con solidaridad da cuenta de un acto de ratificación de su voluntad y que en tal sentido, debe tenerse en cuenta el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia proferida dentro del radicado 52.704 de 2018 en la que se manifiesta que cuando lo que se intenta verificar es si la voluntad del afiliado es o no pertenecer a un régimen pensional lo que se debe verificar es que conductas ha desplegado.

Sostiene que al momento en que produjo el traslado de régimen pensional se entregó la información que le era oponible en ese momento, es decir, brindar a sus afiliados la información que les permitiera tomar a sus afiliados una decisión ajustada y que tuviera sustentos objetivos, con elementos de juicio claros; y agregó que contrario a lo consideró la *aquo* el deber de información no era el mismo desde el año 1993 hasta la fecha, pues e han venido incrementando los niveles de cumplimiento y que en tal sentido no es equiparable las obligaciones que les eran exigidas a las AFPs

en la década de los 90 a las que vinieron a crearse con la expedición del Decreto 2555 de 2010 y la Ley 1748 de 2014, y que no le era dado efectuar una proyección en tanto no contaba con elementos de juicio claros.

Afirma que al momento en que se produjo el traslado la información con la que contaba y que era corroborada con la Oficina de Bonos Pensionales era que el demandante contaba con 362 semanas al momento en que se realizó el traslado y que debía ajustarse la información de su historia laboral con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia el régimen de ahorro individual, aspecto que se tenía en cuenta para verificar si era beneficiario del régimen de transición por cantidad de semanas, incumpliendo parte del deber de información del consumidor financiero y que en esa medida no le es aplicable el precedente

De otra parte aduce que en todo caso a su juicio no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración y los recursos que se consignan como primas para el pago de seguros tendientes a cubrir los riesgos de invalidez y muerte, pues fueron sumas que ya se consumieron. Señala que al demandante no le es aplicable el precedente; y que ordenar la devolución de dichos gastos sería tanto como afirmar que nunca estuvieron cubiertos por más de 20 años, ni que se generaron rendimientos financieros, y que incluso la Superintendencia Financiera ha señalado que la devolución de dichos saldos desconoce la gestión que de buena fe cumplió la AFP.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir

el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, contrario a lo que plantea el recurrente, la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga²,

² “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SI.4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que tal como lo señaló la servidora judicial de primer grado, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin prestaciones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones; obligación que por ende es concomitante a la creación del régimen de ahorro individual, de allí que la máxima Corporación de Justicia Laboral, acuda a lo que al efecto prevé no solamente el estatuto Financiero, sino el artículo 1604 del Código Civil.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que Sociedad AFP Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiéndolo de forma clara las condiciones conforme

con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; sin embargo no existe dentro del plenario medio de convicción que dé cuenta de ello.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por lo que la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación del accionante en el régimen administrado por COLPENSIONES.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del

derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado, de manera que contrario a lo que plante el recurrente, la AFP Porvenir S.A. tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, motivo por el que se confirmará la determinación acogida en tal sentido por la servidor judicial de primer grado; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en esta instancia cargo de la recurrente.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia de primer grado en lo demás.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir S.A., para su tasación inclúyanse como agencia en derecho la suma de \$300.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

*Sala de
pensional*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Ref: Radicación NP 110-01-31-05-011-2017-00731-01, Proceso Ordinario de Marlén Cecilia Pérez Durán contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir SENTENCIA, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de junio del 2020. Así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones, frente a aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de nulidad de la afiliación a la AFP Protección S.A, así como su traslado horizontal a la AFP Porvenir S.A., y se retrotraiga la actuación, debiéndose tener a la demandante como afiliada al

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2017-00731-01, Proceso Ordinario de Marlene Cecilia Pérez Durán contra Colpensiones y Cito (Apelación Sentencia).

Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca hubiere efectuado el traslado y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto manifiesta que se afilió a Protección S.A. el 4 de agosto de 1994, no obstante, no se le brindó información acerca de las ventajas y desventajas que le otorgaba tanto en RPM, como el RAIS; que se le prometieron beneficios superiores por parte de los asesores de la AFP; que la demandante se trasladó a Porvenir S.A. el 28 de agosto de 2006, no obstante, dicha sociedad no le brindó información pertinente, veraz, oportuna y suficiente frente al cambio de régimen pensional; que nació el 27 de junio de 1961 y cumplió la edad de 57 años el mismo día y mes de 2018; que la AFP Porvenir S.A. le hizo una simulación pensional a los 57 años de edad, encontrándose una mesada pensionales por la suma de \$737.717, no obstante, al efectuarse la simulación pensional en el RPM que administra Colpensiones, tendría derecho a una tasa de reemplazo del 69.68% y una mesada pensional a la edad de 57 años por la suma de \$1.871.794; que sumadas las cotizaciones en el Sistema General de Pensiones entre el 31 de agosto de 1982 y el 30 de diciembre de 2016, arrojó un total de 1432 semanas; que presentó derecho de petición ante Colpensiones el 10 de agosto de 2017, solicitando la nulidad de traslado a las AFP, no obstante, no se dio respuesta alguna.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda en oposición a todas las pretensiones. Colpensiones propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. Por su parte la demandada Porvenir S.A. propuso entre otras las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las

obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la genérica. Finalmente, Protección S.A. propuso las excepciones de inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción y la genérica.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la Administradora de Fondos Pensiones y Cesantías Protección S.A. así como el traslado horizontal realizado a Provenir S.A., y la condenó a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones con todos sus rendimientos que se hubieren causado o bonos pensionales si hubiere lugar conforme con el artículo 1746 del Código Civil, y a Colpensiones a autorizar el traslado. Lo anterior, por cuanto no se brindó la información clara, veraz y suficiente para que la actora hubiese tomado la decisión consciente de su traslado.

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las demandada Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de Porvenir S.A. manifestó que el actor no acreditó sus argumentos de hecho y derecho, ya que la decisión fue unilateral y espontánea, por lo que se proyectó en el tiempo su afiliación al RAIS, así como que se publicó un aviso de prensa a los afiliados y al público en general, en la que se implantó las modificaciones de la Ley 797 de 2003, que prohíben el traslado de los afiliados cuando les falten menos de 10 años para la pensión y por ello no puede darse la nulidad de u acto válido. Que la demandada ha cumplido con todos los lineamientos de Ley, incluyendo el

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2017-00731-01. Proceso Ordinario de Marlene Cecilia Pérez Durán contra Colpensiones y Cetro (Apelación Sentencia).

Decreto 2555 de 2010, efectuando incluso ratificación de la afiliación con el traslado horizontal, aunado, con no se demostró el vicio del consentimiento por la parte actora, conforme con el artículo 167 del C.G.P.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se desestimen las pretensiones de la demanda, por cuanto no se demostraron los vicios del consentimiento de error, fuerza o dolo y que no fueron demostrados al momento del traslado, los que por demás no tienen fuerza para afectar el negocio jurídico consentido, más aún, cuando conforme con el artículo 9º del Código Civil establece que el desconocimiento de la Ley no es excusa. Señala que con la declaración de nulidad quebranta el principio de sostenibilidad financiera del artículo 48 de la Constitución Política y el A.L. 01 de 2005, por cuanto se ordene el pago de la mesada pensional, se afecta la financiación de la pensión de otros pensionados, ya que nunca se ayudó de forma anterior con el derecho de otros pensionados, generándose una desventaja al bienestar general. Finalmente, advierte que en caso de declararse la nulidad o ineficacia, se ordene elaborar el cálculo actuarial respectivo ya sea al fondo que generó la nulidad o con cargo al actor, pues desde la sentencia SU 062 de 2010, se dispuso que para el traslado se debería contar con 750 semanas, junto con el pago del cálculo de rentabilidad respectivo.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Ref: Radicación No. 110-01-31105-0111-2017-00731-011 Proceso Ordinario de Marlene Cecilia Pérez Durán contra Colpensiones y Otro (apelación sentencia).

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la falta de información que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propios de una entidad que presta un servicio

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda

pública, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

Ref: Radicación N° 010-01-2017-00131-01, Proceso Ordinario de Mariene Cecilia Pérez Durán contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o siquiera haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar "*...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*"; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podían materializarse.



Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., así como del traslado horizontal efectuado a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser o no beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúa la encartada los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los gastos de administración, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL 4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar

Acto: Sentencia
Acto: Radicación Nº 110-01-31-05-014-2017-00731-01 Proceso Ordinario de Mariene Cecilia Perez Durán contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia)

cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que no se puede acoger la solicitud efectuada por el apoderado de la entidad pública, referente a que se orden el cálculo actuarial con ocasión del traslado, pues tal pretensión tan sólo se elevó en el recurso de apelación, sin que en la contestación se realizara manifestación alguna al respecto o se hubiere interpuesto una demanda de reconvencción por la entidad, en la que solicitara tal pretensión, no obstante, Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasiono el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que él mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, debe advertirse que no es posible acoger el dicho de la encartad frente a que la actora se encuentra en la prohibición del Literal e) del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, referente a la imposibilidad de efectuar el traslado cuando le falten menos de 10 años para adquirir el derecho pensional al afiliado, pues se reitera que lo pretendido en la ineficacia de la afiliación al RAIS, lo que genera que la misma nunca existió y por tanto nunca se generó el traslado, permaneciendo la

Ref: Radicación N.º 110-01-31-05-011-2017-00731-01. Proceso Ordinario de Marlene Cecilia Pérez Durán contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

demandante siempre en el Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por Colpensiones.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de esta instancia a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., confirmando en su integridad las de primera instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de primera instancia a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; las de esta instancia, estarán únicamente a cargo de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para su tasación fíjense como agencias en derecho la suma de \$600.000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

 Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2017-00731-01. Proceso Ordinario de Marlene Cecilia Pérez Durán contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Ref. Radicación N° 110-01-31-05-012-2017-00496-01. Proceso Ordinario de Norma Lucia del Rosario Velez Uribe contra Colpensiones y Otros (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir SENTENCIA, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida el 6 de agosto de 2020, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su traslado a la AFP Protección S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, activando la afiliación en dicha entidad y actualizando la historia laboral y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 7 de octubre de 1963, afiliándose en primera oportunidad al ISS y con posterioridad a Protección S.A., entidad que no le brindó la información debida al momento del traslado, ya que se le informó que pertenecer al RAIS traería mejores condiciones, ya que podría obtener una pensión anticipada, sin embargo, no le mencionó el capital que debería obtener en la cuenta de ahorro individual para tal fin, ni un comparativo entre los regímenes pensionales, la fecha y monto probable de su pensión, que se le cobrarían comisiones, así como que no podría trasladarse cuando le faltaren menos de 10 para adquirir el derecho pensional; que la administradora privada buscó a la demandante para brindar re-asesoría el 9 de octubre de 2009, en la que se informó que a la edad de 57 años obtendría una mesada pensional por la suma de \$3.370.400, mientras que en el RPM ascendería al monto de \$3.327.946, la que fue errada e indujo en error a la actora, que elevó petición ante Protección en la que solicitó copia de los estudios realizados a su afiliación, obteniendo respuesta por parte de dicha entidad el 28 de marzo de 2017, en la que se le informó que su pensión a la edad de 57 años sería por el equivalente a 4.84 salarios mínimos legales mensuales vigentes, mientras que en Colpensiones sería por %5.017.496, calculando un IBL por la suma de \$7.324.813 y aplicando una tasa de reemplazo del 68.5%; que elevó solicitud de traslado ante Colpensiones el 8 de junio de 2017, el que fue negado bajo el sustento que le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho pensional.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., ante la falta al deber de información, por cuanto no se logró acreditar por parte de la demandada el suministro de la información necesaria y precisa para que la demandante pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, y ordenó a dicha sociedad a la devolución de los aportes efectuados, junto con los frutos, bonos e intereses

Ref: Radicación Nº 110-01-31-05-012-2017-06296-01. Proceso Ordinario Norma Lucía del Rosario Mélez Uribe contra Colpensiones y Otro (Consulta Sentencia).

generados en su cuenta de ahorro individual y disponiendo, que Colpensiones debía recibir tales aportes, sin que hubiera lugar a tenerla como beneficiaria el régimen de transición por no tener derecho al mismo.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

¹ *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúan las encartadas los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

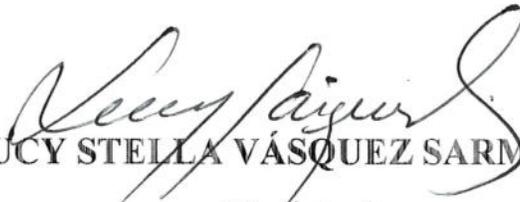
Ahora bien; frente a la devolución de saldos, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL 4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre la afiliada y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

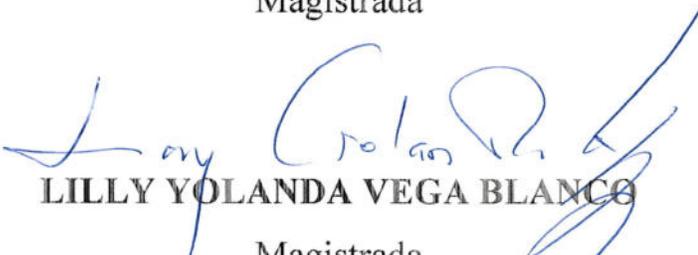
En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en primera instancia, dada la absolución impuesta por el fallador de primer instancia y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. ADICIONAR** el fallo proferido, en el sentido de **AUTORIZAR** a **COLPENSIONES** para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. SIN COSTAS** en primera instancia, ni en el grado jurisdiccional de consulta. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Sdne voto parcial*



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-012-2019-00122-01. Proceso Ordinario Campo Elías Díaz Moreno contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la entidad pública demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 1º de julio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad del traslado con la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones

tenerlo en cuenta entre sus afiliados en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiera trasladado.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que se trasladó del ISS al fondo privado de pensiones y Cesantías Protección S.A. el 28 de noviembre de 1998; pero que la afiliación a esta última no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 199; en tanto se indicó una fecha de nacimiento equivocada y el mismo no cuenta con la firma del empleador.

Indicó que además el Asesor Comercial de Protección no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de que se otorgaban tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, ni se le hizo un estudio de su situación particular.

Afirmó que la AFP Protección realizó una simulación pensional para cuando cumpliera los 62 años de edad, la que arrojó como resultado una mesada pensional de \$2'649.924,00; al cabo que conforme con la Ley 797 de 2003 en el régimen de prima media la misma sería de \$7'489.019 a partir de la misma fecha.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que el demandante se encuentra válidamente afiliado a la AFP Protección S.A. y no probó algún vicio en el consentimiento. Propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

¹ Cfr fls 72 a 77

Por su parte la AFP Protección S.A.² adujo que la afiliación del demandante se produjo de forma libre y espontánea, exenta de vicios consentimiento y de cualquier fuerza. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 28 de noviembre de 1998 y como consecuencia de ello condenó a la AFP Protección S.A. a realizar el traslado tanto de la relación jurídica como del valor de los saldos pensionales y rendimientos consignados en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Determinación a la que arribó al considerar en esencia que de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia particularmente desde el año 2014 en el que se plantea la ineficacia del acto de afiliación por la ausencia de un elemento de la esencia o la existencia, entre los que se encuentra el consentimiento informado, el que a su juicio no se acredita en el asunto y aunado a ello se advierten errores en el formulario de afiliación en aspectos como la fecha de nacimiento y el derecho retracto.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la entidad pública demandada, interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

² Cfr fls 83 a 90.

Solicita el recurrente se revoque la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado al no compartir las condiciones en que se declaró el acto inexistente.

De otra parte, aduce que en todo caso deben retornarse a su representada los gastos de administración, tal como lo ha adocinado la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 4989 de 2018, SL 1421 de 2019.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse, de allí que no sea de recibo el planteamiento expuesto por el recurrente.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³,

³ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”

En tal sentido, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentido la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

Ahora bien, se advierte que, tal como lo puso de presente el servidor judicial de primer grado, la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al

traslado”, motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogió el *aquo*.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, contrario a lo que consideró el juez de primera instancia, la AFP Protección S.A., tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y como las cosas vuelven a su origen, deberá

COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia recurrida en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante.



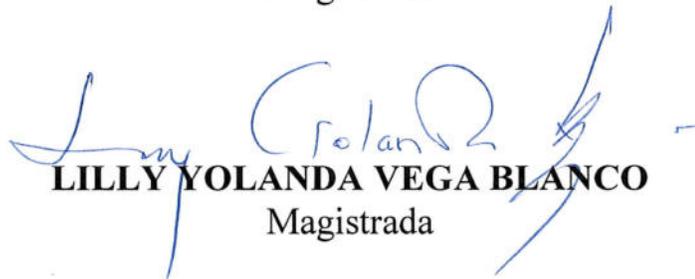
SEGUNDO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar, ya sea por vía ordinaria o administrativa, los perjuicios que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

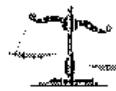
CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en el alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo veto
pensional*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-015-2018-00451-01. Proceso Ordinario de Martha Sofía Quiroga Ariza contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Porvenir S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, el 2 de marzo de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada.

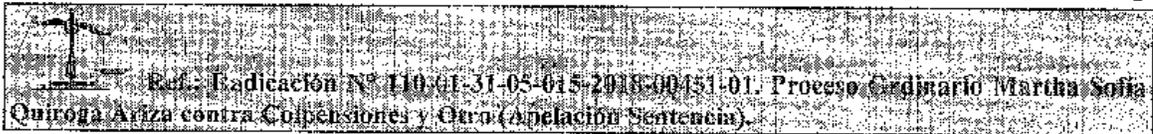
ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses y se condene a Colpensiones a reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida en



forma automática y actualizar su historia laboral y las costas del proceso; de forma subsidiaria, solicitó se declare que la encartada Porvenir S.A. es responsable por los perjuicios que se ocasionen a la demandante por la omisión de la asesoría y como consecuencia de ello, se condene a la administradora de pensiones privadas a reconocer el mayor valor que resulte entre la pensión que reconoce el RAIS y la que eventualmente reconocería Colpensiones, en la suma de \$769.801.593.240.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 9 de noviembre de 1960, por lo que cumplió 57 años de edad el mismo día y mes de 2017; que se trasladó a Porvenir por falta de asesoría el 1º de septiembre de 1997, no obstante, no se le indicó que en el RPM tendría derecho a una mejor mesada pensional, que debería pagar gastos de administración, comisiones, ni factores de rentabilidad, así como que no podía contratar su derecho pensional mediante renta vitalicia y que bajo la modalidad de retiro programado su mesada pensional se iría reduciendo hasta que no quedara monto alguno en la cuenta de ahorro individual, entre otros; que la demandante solicitó en varias oportunidades su traslado ante Colpensiones, las que fueron negadas mediante comunicaciones del 21 y 29 de enero de 2009; que Provenir realizó proyección pensional a septiembre de 2017, en la que estimó como mesada pensional la suma de \$1.065.700, a los 58 años el monto de \$1.171.200 y a los 60 la suma de \$1.400.000, no obstante en el RPM sería por la suma de \$3.215.983,78, con una tasa de reemplazo del 74.58%; que los perjuicios que ocasiona la falta de debida asesoría se reflejan en el monto de la mesada pensional, y que se debe calcular conforme con las tablas de mortalidad; que la actora elevó solicitud de nulidad de traslado ante Porvenir y Colpensiones el 3 y 4 de mayo de 2018 respectivamente, siendo desatada por la AFP de forma negativa mediante comunicado del 9 del mismo mes y año, y sin obtener respuesta por parte de Colpensiones.



Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró inválida la afiliación efectuada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales que tuviere en su poder y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva de las peticiones elevadas. Lo anterior, por cuanto lo solicitado en la nulidad con base en los vicios del consentimiento y en los fundamentos fácticos de la demanda, por lo que no se puede dar por demostrada tal situación, ya que la actora no acreditó la falta de información y para la aplicación de la jurisprudencia se debe generar frente a un caso concreto en el que no se encuentra la demandante, ya que no existe discusión alguna frente al deber de información, que se encuentra establecido desde el estatuto financiero, sino que por el contrario, el mismo debe advertirse del formulario de afiliación, que era el único documento exigido y donde se manifestaba la afiliación de forma libre y voluntaria, por lo que no se puede decir que ante la falta de documento que acredite la información, se debe entender que no fue brindada. Así mismo, señala que la jurisprudencia se aplica a situaciones fácticas establecidas y la demandante no tenía una expectativa legítima, un traslado con prohibición legal o que le faltare menos

de un año para adquirir la edad de pensión, por lo que la falta de información no debe ser aplicada de forma automática y generalizada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que

¹ "(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)"

"...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada..." (Subrayado de la Sala).



se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrino que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de modificar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de

mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en dicho sentido.

Ahora bien, debe indicarse que no es posible acoger el dicho de la encartada administradora privada en el sentido que si bien no se aportó medio de prueba alguno que demostrara la debida información que brindó en su

momento la AFP, ello implicaría de forma automática que la misma no se brindó, pues se reitera, quien tiene la carga probatoria de acreditar tal situación, es la administradora de pensiones a la que se trasladó el afiliado, ya que es quien tiene los conocimientos jurídicos y técnicos del Sistema General de Pensiones, sin que el simple formulario convalide dicha información.

Finalmente, debe advertirse que en efecto la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las Costas de esta instancia estarán únicamente a cargo de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y sin ellas en primer grado, dada la absolución que se efectuó por dicho concepto.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. MODIFICAR** la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad de la demandante, de conformidad con



las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. - CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **CUARTO.- CONDENAR** en costas de segunda instancia a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., fíjense como agencias en derecho la suma de \$600.000,00; sin lugar a ellas en primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. Esta decisión se notifica en Estrados.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
 Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
 Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
 Magistrado *Selvo veto porciel*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-021-2017-00720-01. Proceso Ordinario de Alcides Cortés Cortés contra Fiduciaria la Previsora S.A. en su condición de Administradora y Vocera del PAR Caprecom (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de febrero de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, la que debería ser debidamente indexada, y para lo cual se debería tener en cuenta lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Sintracaprecom y Caprecom y las costas del proceso.

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-021-2017-00720-01. Proceso Ordinario de Alcides Cortés Cortés contra la Fiduciaria la Previsora S.A. en su condición de Administradora y Vocera del PAR Caprecom. (Apelación Sentencia).

En lo que interesa al asunto, afirmó que entre las partes surgió un contrato de trabajo por el período comprendido entre el 31 de enero de 1991 y el 27 de enero de 2017, desempeñando como último cargo el de auxiliar operativo, devengando la suma de \$2.025.860; que el contrato finalizó el 23 de enero de 2017 por parte de la demanda, no obstante, no se canceló la indemnización por despido, así como que el actor no disfrutaba de una pensión de vejez o invalidez; que la demandada pese a tener conocimiento que la pensión no había ingresado en nómina de pensionados, decidió dar por terminado el contrato de trabajo; que la actora estaba afiliada a Sintraunicap, por lo que era beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo, estableciéndose la modalidad más favorable para la liquidación de indemnizaciones en el artículo 22; que en el artículo 8º de dicha convención, establece la forma como debe liquidarse la indemnización por despido, para lo cual se debe tener en cuenta que es la norma más favorable por haberse liquidado Caprecom; que el actor agotó la reclamación administrativa el 14 de julio de 2017, obteniendo respuesta negativa el 31 del mismo mes y año.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* absolvió de todas y cada una de las súplicas de la demanda, por cuanto la terminación del contrato de trabajo obedeció a una justa causa, que no es otra, que el reconocimiento de la pensión en favor del trabajador, aunado, con que no hubo solución en cuanto al pago del salario y la mesada pensional, pues se incorporó al actor en la mesada de febrero de 2017 por parte de Colpensiones.

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto está demostrado en el plenario que al actor le fue notificado en marzo de 2017 el ingreso a nómina de pensionados, que se

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-021-2017-00726-01. Proceso Ordinario de Alcides Cortés Cortés contra la Fiduciaria la Previsora S.A. en su condición de Administradora y Vocera del PAR Capricorn (Apelación Sentencia).

pagaría en el mes de abril y no como lo señala la aquo, que su ingreso fue en febrero, advirtiéndole que si bien se pagó un retroactivo pensional, también lo es, que hubo una cesación de pagos hasta abril de 2017 y por ello se debe conceder la indemnización reclamada. Así mismo, por cuanto se debe acoger el criterio expuesto por el Dr. Montoya, en el sentido de interpretar la cláusula 22 de la forma más favorable y para lo cual se deben incluir los valores correspondientes en la indemnización.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de controversia la existencia del contrato, así como los extremos temporales del mismo y la aplicación de la Convención Colectiva reclamada por el demandante; el problema jurídico a desatar en esta segunda instancia, se circunscribe en determinar si es procedente el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa, así como, establecer la forma en que se debe determinar la misma y si es procedente la indexación de tal emolumento.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que a folio 12 del plenario, reposa la carta de terminación del contrato de trabajo, en el que aduce la encartada que fue con justa causa, situación por la cual se debe traer el documento a estudio así:

“Teniendo en cuenta que la Resolución Número GNR 389753 del 26 de diciembre de 2016 expedida por COLPENSIONES, ordena reconocer pensión de VEJEZ a su favor, se le informa que la fecha de terminación unilateral de su Contrato de Trabajo con justa causa es el día 27 de enero de 2017, fecha en la

Ref: Radicación N° 110-01-31-05-021-2017-00720-01. Proceso Ordinario de Alcides Cortés Cortés contra la Pólizaria la Previsora S.A. en su condición de Administradora y Vocera del PAR Caprecom (Apelación Sentencia).

cual culmina el proceso liquidatorio de la entidad según el plazo señalado en el Decreto 2192 del 28 de diciembre de 2018. (...)”.

Ahora bien, debe advertirse que la parte demandada aduce la terminación del contrato de trabajo, con ocasión o como consecuencia del reconocimiento de la pensión de vejez en favor del señor Cortés Cortés, por lo que se hace necesario traer a estudio lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que dispone:

“PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.”.

De acuerdo con la norma anterior, se advierte que el empleador tanto del trabajador del sector privado, como del público, pueden dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria, siempre y cuando el trabajador cumpla con los requisitos para la pensión y que la misma le sea reconocida notificada por parte de la

Rea: Radicación N.º 10-01-31-05-021-2017-00720-01. Proceso Ordinario de Afidos Cortés Cortés contra la Entidad la Previsora S.A. en su condición de Administradora y Vocera del PAR Caprecom (Apelación Sentencia).

administradora de pensiones, no obstante, la H. Corte Constitucional en sentencia C 1037 de 2003, M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería, indicó:

“4.- Respecto a la terminación de la relación laboral de servidores públicos y de trabajadores particulares, la Constitución no le indica ninguna pauta o restricción al Legislador para el establecimiento de las causales para la procedencia de dicha terminación. En relación con los primeros, la Carta sólo precisa que el retiro del servicio se hará “por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley” (art. 125). En cuanto a los segundos, el artículo 53 Superior al enunciar los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo, no instituye ningún principio al que tenga que sujetarse el Legislador para establecer las causales de terminación de la relación laboral privada.

En ese sentido, el Constituyente deja librado al Congreso un gran espacio de configuración legislativa para implantar las mencionadas causales, al no establecer directrices específicas para desarrollar esa materia. Empero, esa autorización no debe entenderse como una habilitación para que desconozca derechos, principios y valores reconocidos por la propia Carta Política, debido a que estos sirven de fundamento y de límite a toda la actividad legislativa. Así, deberá tenerse en cuenta que la ley no puede menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores, según lo preceptuado en el artículo 53 citado.

...

En este orden de ideas, el trabajo es un derecho individual y una obligación social que goza de especial protección estatal (art. 25 C.P.). Para hacer efectivo este derecho el Constituyente contempló en la Carta Política dos mandatos para el Estado colombiano. El primero de ellos es el contenido en el artículo 54 de la Carta Política, según el cual “el Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar”. El segundo de los mandatos aludidos impone al Estado, como director general de la economía,

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-021-2017-00720-01. Proceso Ordinario de Alcides Cortés Cortés contra la Fiduciaria la Precursora S.A. en su condición de Administradora y Vocera del PAR Caprecom (Apelación Sentencia).

intervenir, de manera especial, para dar "pleno empleo" a los recursos humanos (art. 334 C.P.).

Así, estas responsabilidades atribuidas por el Constituyente al Estado hacen que éste no sea un mero espectador, como acontecía con el Estado liberal clásico, sino que deberá actuar e intervenir de forma activa, no sólo en la esfera política sino también en la económica, como, por ejemplo, para propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y para dar pleno empleo a los recursos humanos.

...

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLE el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.

En ese orden de ideas, para que se pueda tener en cuenta la terminación del contrato de trabajo con justa causa con ocasión del reconocimiento del derecho pensional en favor del trabajador, además de que el mismo cumpla con los requisitos para tal fin y que la administradora de pensiones le reconozca la prestación, es necesario que se notifique la inclusión en nómina de pensionados.

En ese orden de ideas, en primer lugar es necesario señalar que en efecto tal como lo señaló la aque, la terminación del contrato de trabajo sí tuvo como origen el reconocimiento del derecho pensional en favor del señor Alcides Cortés Cortés y no así, la terminación del proceso liquidatorio de la entidad, advirtiendo que lo que se advierte de la carta de terminación es que la fecha de causación de la prestación y la liquidación son afines, más no que la terminación del contrato haya tenido como fundamento la

Res: Radicación N° 110-01-31-05-021-2017-00720-01. Proceso Ordinario de Alcides Cortés Cortés contra la Fiduciaria la Previsora S.A. en su condición de Administradora y Vocera del PAR Caprecom (Apelación Sentencia).

liquidación de Caprecom, por lo que se debe estudiar la indemnización respectiva bajo la causal de reconocimiento del derecho pensional, lo que descarta desde ya, que la posible liquidación se origine por la normatividad más favorable, de conformidad con lo expresado en la Convención Colectiva de Trabajo.

En ese orden de ideas, se advierte que al actor mediante resolución GNR 389753 del 26 de diciembre de 2016, se le reconoció la pensión de vejez, no obstante, se dejó en suspenso el retroactivo pensional y su ingreso en nómina de pensionados hasta tanto no se alegara el acto administrativo de retiro definitivo del servicio del trabajador, por lo que la Fiduciaria la Previsora entidad Liquidadora de Caprecom le informó a Colpensiones que se originaba la terminación del contrato de trabajo con justa causa del señor Alcides a partir del 27 de enero de 2017, ello para que se procediera con la inclusión en nómina de pensionados.

Que Colpensiones dando cumplimiento al oficio de inclusión en nómina, emitió la resolución GNR 32248 del 26 de enero de 2017¹, mediante la cual dispuso reconocer la pensión en favor del señor Alcides Cortés Cortés a partir del 27 de enero de 2017, incluyéndolo en nómina de pensionados en el mes de febrero y pagando la mesada pensional en el mes de marzo de 2017, en la primera quincena, conforme se puede extraer del numeral segundo de dicho acto administrativo, el que le fue notificado al actor de forma personal el 2 de febrero de 2017, lo que evidencia que en efecto no sólo el actor tenía los requisitos para el reconocimiento del derecho pensional, sino que además la prestación le fue reconocida por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones y le fue notificada su inclusión, una vez proferida la resolución que así los disponía, por lo que se evidencia que en efecto la terminación del

¹ Cfr. Fl. 151 Expediente Administrativo.

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-021-2017-00720-01, Proceso Ordinario de Alzadas
Cortés Cortés contra la Financiera la Previsora S.A. en su condición de Administradora y Vocera
del FAR Caprecom (Apelación Sentencia)

vínculo laboral, tuvo como origen la justa causa aducida en el escrito de finalización del vínculo, siendo el reconocimiento de la pensión en favor del ex trabajador.

Ahora bien, es necesario indicar que la afirmación de la parte actora no es acertada en cuanto se incluyó el pago de la mesada pensional en la nómina de pensionados del mes de marzo, que se pagó en abril de 2017, ya que el acto administrativo GNR 32248 del 26 de enero de 2017 refleja una situación diferente a la aducida y por cuanto las mensualidades que afirma en el recurso de apelación, son correspondientes a la reliquidación del derecho pensional, conforme se puede extraer del acto administrativo SUB 4441 del 9 de marzo de 2017, reajuste que es diferente al reconocimiento del derecho pensional, pues lo que se pretende con tal figura, es el aumento de la mesada pensional que eventualmente le podría corresponder al pensionado, más no, la garantía fundamental de su mínimo vital.

Finalmente, también es necesario precisar, que no es posible atender el dicho del demandante, en cuanto no se había efectuado el pago de la mesada pensional en el mes de febrero, por cuanto dejó de laborar el 27 de enero de 2017, ya que el pago de la mesada pensional no se efectúa de forma anticipada, sino que es por mes cumplido, ya que el monto que se reconoce es el que suple su equivalente al salario, que se causa en idéntica forma, fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado en su integridad, sin que se haga necesario efectuar pronunciamiento alguno referente con la indexación de la condena, ya que la suerte de lo principal, lo sigue lo accesorio, que como ocurre en el presente caso, conlleva a la absolución total de las pretensiones.

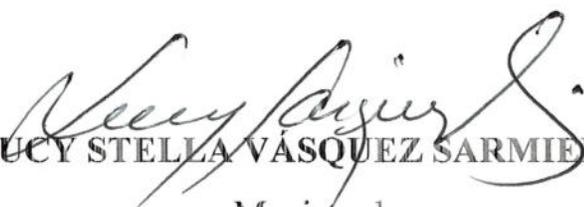


Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-021-2017-00720-01. Proceso Ordinario de Alcides Cortés Cortés contra la Fiduciaria la Previsora S.A. en su condición de Administradora y Vocera del PAR Caprecom (Apelación Sentencia).

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo del demandante y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS** de primera instancia a cargo del demandante y sin ellas en la alzada. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref: Radicación N° 11001-31-05-026-2019-00522-01. Proceso Ordinario Sonia Angélica Peña Cabra contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Protección S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 18 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada en agosto de 1996 y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; se condene a la demandada Protección S.A. a trasladar los aportes a la

Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y como consecuencia de ello se ordene a esta última contabilizar las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 16 de agosto de 1956, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 6 de abril de 1989 hasta el mes de agosto de 1996, cuando se afilió al régimen de ahorro individual, AFP Colmena, hoy Protección S.A.

Afirma que al momento de su afiliación a la AFP Colmena no se le informó de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada y suficiente las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, ni los beneficios, desventajas o inconvenientes de dicho régimen pensional.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP Protección S.A. y no probó algún vicio en el consentimiento. Propuso las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, entre otras.

Por su parte la AFP Protección S.A. aduce que el contrato de afiliación es plenamente válido en cuanto confluyen en él todos los elementos para su existencia y validez al tiempo que no existe vicio del consentimiento alguno ni se le ocultó información. Propuso en su defensa las excepciones de validez

¹ Cfr fls 84 a 89

de la afiliación, al RAIS, inexistencia de vicio del consentimiento, buena fe y prescripción.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del mes de agosto de 1996 y como consecuencia de ello condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones a la totalidad de los aportes de la demandante, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descuentos por concepto de cuotas de administración.

Determinación a la que arribó al considerar en esencia que no se establece dentro del proceso el consentimiento debidamente informado, en tanto no se acreditó que se hubiere brindado a la demandante la información necesaria, respecto a las condiciones propias de cada uno de los regímenes pensionales, para que la demandante tomara una determinación consiente respecto a los riesgos del traslado de régimen.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la demandada Protección S.A., interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La recurrente se opone única y exclusivamente a la no autorización de descuento de los gastos de administración, en consideración a que el artículo 1746 del Código Civil, establece las consecuencias de las nulidades de un acto jurídico como el presente, y hace relación a las restituciones mutuas; y que en ese sentido en el presente asunto al retrotraerse todo al estado original

con los correspondiente aportes y los rendimientos que la cuenta de ahorro individual tuvo durante todo el tiempo en que la demandantes estuvo afiliada, a su juicio no existe fundamento alguno para ordenar restituciones adicionales a su representada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación

definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse, de allí que no sea de recibo el planteamiento expuesto por el recurrente.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga², posición

² "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y

que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

Tal como lo consideró la servidora judicial de primer grado, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y

actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Colmena, HOY Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...*desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción de los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colmena S.A., hoy Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando,

que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, contrario a lo que plantea la recurrente, la AFP Protección S.A., tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por

cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en el alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

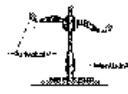

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05-026-2019-00522-01. Proceso Ordinario Sonia Angélica Peña Cabra contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto
por eia*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-026-2019-00739-01. Proceso Ordinario de Armando de Jesús Contreras Torres contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de agosto del 2020. Así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de la afiliación a la entonces Horizonte Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías S.A., hoy Porvenir S.A., se ordene a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, y a esta última a activar la afiliación al



régimen de prima media con prestación definida, actualizando la historia laboral y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto manifiesta que nació el 11 de septiembre de 1959, por lo que al momento de radicar la demanda cuenta con 59 años de edad; que inició su vida laboral para la empresa Vigilantes Marítima CMRCRL, cotizando al ISS a partir del mes de agosto de 1986, donde cotizó hasta el 25 de septiembre de 1996; que efectuó traslado a la AFP Porvenir, por cuanto se le ofreció pensionarse a más temprana edad y con un monto superior, no obstante, no se le informó acerca del monto del capital requerido para el derecho pensional, ni para que pudieran heredar sus beneficiarios, así como, que el ISS iba a liquidarse y perder sus aportes, ni la fecha máxima para solicitar su traslado, al igual que no se le informaron sobre las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; que en documento de fecha 16 de marzo de 2018 Porvenir le informó al actor que contaba con 1237 semanas cotizadas, contando con un capital de \$182.207.679, realizando la proyección pensional respectiva, en la que se le indicó que a la edad de 62 años y con 1418 semanas cotizadas, obtendría una mesada pensional por la suma de \$781.242, no obstante, en Colpensiones la mesada pensional ascendería a la suma de \$3.046.127 a la edad de 62 años y con 1640 semanas cotizadas; que el demandante elevó solicitud de nulidad ante Colpensiones el 23 de febrero de 2018, la que fue negada en la misma oportunidad por dicha entidad; que de igual forma, presentó solicitud de nulidad ante Porvenir los días 21 de diciembre de 2017, 23 de febrero y 5 de marzo de 2018, la que fue negada el 16 de marzo de 2018 por la AFP.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda en oposición a todas las pretensiones. Colpensiones propuso 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. Por su parte la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías porvenir S.A., propuso entre otras las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y la condenó a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones con todos sus frutos e intereses sin deducción de gastos de administración y así mismo, a Colpensiones activar la afiliación del demandante y actualizar la historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada hubiere suministrado al demandante la información completa, clara y oportuna sobre las condiciones de la situación pensional para que ésta pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales le era más favorable, aclarando que el formulario no es suficiente para que se acredite una voluntad informada.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan a las súplicas de la demanda. Aduce en su recurso, que el estudio del litigio se centró en determinar la nulidad de traslado, por lo que la decisión carece de congruencia entre la fijación del litigio y la sentencia, pues el mecanismo de defensa y los alegatos estuvieron encaminados a que se declarara la nulidad no así, la ineficacia del traslado. Aunado a lo anterior, por cuanto el demandante sí tuvo la debida asesoría por parte del fondo de pensiones, en la reunión sostenida por espacio de 12 a 15 minutos, incluso con la

confesión que efectúa, en la que informa que tuvo conocimiento sobre el derecho y el bono pensional, la devolución de saldos y la pensión anticipada, características propias del RAIS y diferencias del RPM, pues dio información sobre el acápite de herabilidad de los aportes, de lo que se denota que el traslado se dio de forma voluntaria y debidamente informada.

De igual forma, aduce que tampoco se puede declarar la nulidad del traslado, pues es necesario acreditar por la parte actora alguno de los vicios del consentimiento, situación que no fue acreditada en el plenario, más aún, cuando el artículo 122 de la Ley 100 de 1993, establece la imposibilidad a la administradoras de pensiones de no recibir alguna persona que diligencia el formulario de afiliación, siendo éste, el documento válido para acreditar la información brindada y voluntad del afiliado, de conformidad con lo expuesto en la sentencia SL 218, advirtiendo, que situación contraria se pretende, pues lo perseguido por el actor, es un monto mayor de la mesada pensional, lo que genera una afectación económica a la estabilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la falta de información que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda

del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia esimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido, aclarando a la apoderada de la administradora privada, en cuanto aduce que no existe congruencia en lo establecido en la fijación del litigio y la sentencia proferida, pues su contestación y alegatos se enfocaron en la nulidad de traslado, de lo que se advierte, en primer lugar, que revisada la contestación de la demanda, en la misma se plantea la nulidad o ineficacia del traslado, por lo que tal situación fue advertida por la pasiva, así como, que de acuerdo con los reiterados postulados expuestos tanto por la Corte Constitucional, como por la Corte Suprema de Justicia, es el Juez quien conoce la normatividad o jurisprudencia y otorga el derecho respectivo..

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser o no beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúa la encartada los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al



tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente a la devolución de saldos, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL 4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración, seguros previsionales y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que él mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, debe advertirse que si bien el demandante en su interrogatorio de parte afirmó que en efecto tuvo una reunión con el asesor de la administradora de pensiones privada por espacio de 12 o 15 minutos y que por ello tuvo algún conocimiento acerca del RAIS, referente a que podía

pensionarse a una edad más temprana, así como, a que obtendría una mesada pensional con el 100% del salario percibido y que se podría efectuar la devolución de aportes a sus herederos, también lo es, que no se puede entender que con el conocimiento parcial que manifestó, pudiere tomar la decisión de traslado informada, pues, como él mismo lo refirió, no se le informó acerca del capital necesario para obtener el derecho pensional, el ingreso base de cotización para poder obtener una mesada pensional por el 100% de del salario percibido, ni acerca de los requisitos para financiar la misma, por lo que es la administradora privada quien debe otorgar todos estos elementos, para que sea el afiliado quien decida proceder o no con el traslado, así como, que no le informó las desventajas del traslado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancias a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible

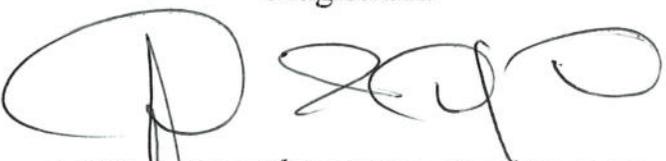
reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia, la suma de \$600.000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Se le voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-001-31-05-028-2019-00022-01. Proceso Ordinario de Ligia Patricia González Castro contra AXA Colpatría Seguros de Vida S.A. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, la declaró abierta y procede en forma oral a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de junio de 2019.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto y en el acta se deja una reseña de los antecedentes.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que acredita los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo Juan David Cristancho González; se condene a la demandada al reconocimiento



y pago de la misma a partir del 10 de septiembre de 2017, junto con los intereses moratorios liquidados a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera.

Como soporte de sus pretensiones indicó en esencia que el 10 de septiembre de 2017 falleció el señor Juan David Cristancho González como consecuencia de un accidente de trabajo, estando afiliado a la sociedad demandada.

Indicó que el 23 de febrero de 2018 elevó solicitud de pensión de sobrevivientes como ascendiente del causante Juan David Cristancho González ante AXA Colpatría, la cual reiteró el 15 de marzo de la misma anualidad; y que la demandada mediante oficio 28 de junio de 2018 le indicó que luego de finalizado el trámite de estudio del derecho pensional, concluyó que no existen beneficiarios que acrediten la dependencia económica del fallecido.

Una vez notificada la entidad accionada, dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que la demandante no acredita su dependencia económica respecto del afiliado, requisito indispensable para acceder al derecho que pretende. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó la demandante no cumple con los requisitos exigidos por la Ley para que se le reconozca la pensión de sobrevivientes pretendida, Axa Colpatría ha cumplido sus obligaciones legales y contractuales y ha actuado siempre de buena fe, prescripción e improcedencia de la indexación y de los intereses moratorios.

La a *aquo* condenó a la sociedad demandada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivencia reclamada a partir del 18 de septiembre de 2017,



en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, junto con los intereses moratorios que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Determinación a la que arribó al considerar en esencia que acuerdo con el material probatorio decretado y practicado dentro del proceso se acreditó que la demandante sí dependía económicamente del causante a raíz de su condición médica.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Afirma el recurrente que la demandante al absolver interrogatorio de parte indicó que dependía económicamente del causante por el estado de salud en que se encontraba, y que tal sentido se aportó al expediente extractos de su historia clínica en el que si bien se advierte la patología indicada no se aporta un dictamen de pérdida de capacidad laboral de donde se pueda establecer que ello le impidiera acceder a un trabajo formal.

Agrega en el mismo sentido que de acuerdo con la documental aportada se pudo establecer que para el momento en que se presentó la demanda se encontraba afiliada a la ARL Positiva y a una Caja de Compensación Familiar como dependiente y que fueron aspectos que no tuvo en cuenta la servidora judicial de primer grado.

De otra parte solicita se tenga en cuenta que al momento de su fallecimiento el afiliado llevaba laborando poco más de un mes y que de acuerdo con las reglas de la experiencia es poco común que en tan poco tiempo se genere una relación de dependencia económica, sin desconocer que el demandante pudo colaborar con algunos gastos, pero que sin embargo el núcleo familiar



estaba compuesto por varias personas y que vivían en la casa de la demandante lo que a su juicio permitiría establecer que la dependencia económica se produjo fue en relación con ésta.

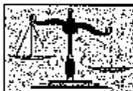
No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

En virtud del recurso de apelación interpuesto corresponde a la Sala determinar si la demandante en condición de madre del afiliado Juan David Cristancho González tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que se causó con ocasión al fallecimiento de este último.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes que el señor Juan David Cristancho González falleció el 18 de septiembre de 2017 como consecuencia de un accidente de trabajo, ni que la demandante es la madre de éste. Aspectos que por demás se corroboran con la documental visible a folios 17, 18, 51 y 52, contentiva de los registros civiles de nacimiento y defunción así como de la misiva dirigida por la demandada a quien ostentaba la condición de empleador del causante.

De acuerdo con los anteriores supuestos y a efectos de definir si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia deprecada, corresponde tener en cuenta que el precepto normativo que regula el reconocimiento del derecho pensional es el artículo 11 de la Ley 776 de 2002, el que para determinar los beneficiarios del referido derecho pensional se remite a lo dispuesto en el artículo 47 de Ley 100 de 1993.



Conforme con las referidas disposiciones, la prestación de sobrevivencia se causa en caso de muerte del afiliado como consecuencia de un accidente de trabajo o un enfermedad profesional; y, de acuerdo con el segundo precepto, en lo que interesa al presente asunto, los padres pueden ser beneficiarios de la misma siempre que respecto del causante no exista cónyuge o compañero o compañera permanente e hijos con derecho, y adicionalmente los padres dependan económicamente del fallecido.

En tal sentido, comienza la Sala por advertir que en el asunto, no es objeto de discusión entre las partes que la muerte del afiliado se produjo como consecuencia de un accidente de trabajo, así como tampoco lo es el vínculo filial que existe entre éste y la demandante, ni la inexistencia de cónyuge, compañera permanente o hijos respecto del causante. Motivo por el que el análisis de la Sala recae única y exclusivamente en la dependencia económica de la demandante.

Sobre dicho requisito, considera la Sala oportuno señalar que conforme con el entendimiento que le dio la Corte Constitucional en sentencia C-111 de 2006, a pesar que la dependencia a la que hace alusión el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 no es total y absoluta, sí es preciso determinar la subordinación de los padres al ingreso que les proporcionaba el hijo fallecido para salvaguardar sus condiciones mínimas de subsistencia, lo que en consecuencia no impide la posibilidad que ellos –los padres- puedan percibir ingresos diferentes a los que sus hijos les proporcionan, siempre que estos no constituyan una fuente de recursos que les permita la autosuficiencia económica.

Ahora, considera la Sala oportuno recordar que los supuestos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia deben verificarse al momento en que se defiere el derecho pensional, es decir, para el momento en que se produce la muerte del afiliado o pensionado, de esta forma lo

adoctrinó la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencias 30720 de 2008 y SL5217 de 2014.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, del análisis conjunto de las declaraciones vertidas al proceso, por la testigo Johana Isabel Uribe Pérez, Luis Uriel González Sánchez, Guillermo y John Jairo González Castro, en calidad de allegados y familiares de la demandante, afirman en un mismo sentido que a partir del año 2014 la demandante dependía económicamente del causante, con ocasión a una patología que se presentó en su pierna izquierda, que vivía en casa de sus padres y que después de los quebrantos de salud trabajaba ocasionalmente en casas de familia.

Afirmaciones que de una u otra forma guardan relación con la documental allegada al proceso contentiva de la historia clínica de la demandante, en la que se advierte que desde el 5 de diciembre de 2014 presentó la patología de trombosis venosa profunda en miembro inferior izquierdo; el reporte de semanas cotizadas expedido pro Colpensiones en el que se advierte que se efectuaron cotizaciones a su favor como trabajadora dependiente hasta el 31 de diciembre de 2014 y la hoja de vida del causante, en donde este señala que tanto la demandante como su abuela dependía económicamente de él.

Corresponde advertir que si bien los deponentes señalaron que la demandante colaboraba en un negocio independiente de venta paquetería, coinciden en indicar que el mismo era del padre de la demandante y que ésta le prestaba colaboración ocasionalmente, pero que no tenía ninguna retribución por este servicio, circunstancia que es corroborada por la propia investigación que contrató la demandada, en donde se dio cuenta del referido negocio y que el mismo era de propiedad del abuelo del causante.

Ahora, si bien la demandante no acreditó que la patología que presentó en el año 2014 le representara la condición de inválida y tampoco se aportó el



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

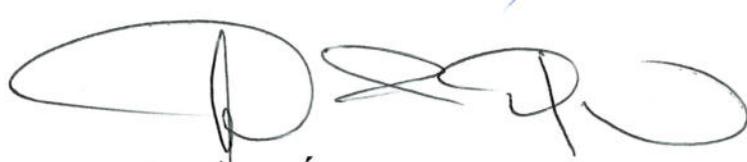
RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia. **COSTAS** a cargo de la demandada, para su imposición inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$500.000,00.

NOTIFÍQUEUSE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

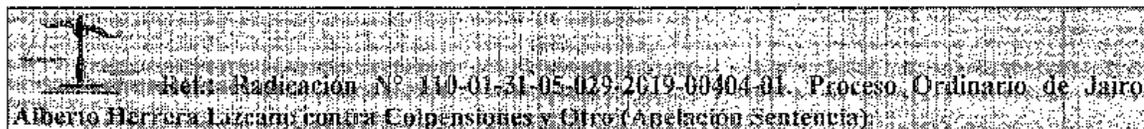
Magistrada Ponente: Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Ref.: Radicación Nº 110-01-31-05-029-2019-00404-01. Proceso Ordinario de Jairo Alberto Herrera Lizcano contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D.C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir SENTENCIA, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de junio del 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de nulidad de traslado a la AFP Colfondos S.A, se le condene a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con los bonos, aportes, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora y en general los frutos e intereses conforme lo establece el artículo 1746 del Código Civil, y se ordene a Colpensiones



actualizar la historia laboral, activar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto manifiesta que nació el 7 de junio de 1964, por lo que al momento de radicarla demanda cuenta con 54 años; que el actor se afilió al ISS en el mes de junio de 1994, hasta el mes de octubre de 1997, donde cotizó un total de 160.43 semanas; que el actor se trasladó a Colfondos S.A. en el mes de noviembre de 1997, bajo el sustento que podía acceder a una pensión a edad anterior a la que podría adquirir en el ISS y en cuantía superior en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que no se incluyó en el formulario de afiliación las variables de edad, salario devengado, acumulado de aportes, ni se realizó proyección pensional, ni le informó acerca del capital necesario para obtener el derecho pensional; que el actor petitionó proyección pensional ante Colfondos, la que estableció que a la edad de 62 años y de mantener el ingreso base de cotización, la mesada pensional ascendería a la suma de \$2.907.523, no obstante, mediante cálculo efectuado el 15 de abril de 2019, arrojaría una mesada por valor de \$11.351.354, teniendo en cuenta un total de 1.633 semanas; que al momento de efectuarse el traslado no se tuvo en cuenta las condiciones pensionales del actor; que elevó solicitud de traslado ante Colpensiones el 31 de mayo de 2019, obteniendo respuesta negativa por parte de dicha entidad el 7 de junio de 2019; que presentó idéntica solicitud ante Colfondos S.A. el 8 de abril de 2019, dando respuesta negativa por la AFP el 6 de mayo de la misma anualidad.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda en oposición a todas las pretensiones. Colpensiones propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa u título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

Ref.: Radicación N° 110-01-51-05-029-2019-00404-01. Proceso Ordinario de Jairo Alberto Herrera Lizarazo contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia)

Por su parte la demandada Colfondos S.A. propuso entre otras las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la genérica.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y lo condenó a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones con todos sus frutos e intereses sin descuento alguno y así mismo a Colpensiones activar la afiliación del demandante y actualizar la historia laboral, absolviendo en costas a las demandadas. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada hubiere suministrado al demandante información completa, clara y oportuna sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, argumentando que el formulario de afiliación no es insuficiente para acreditar que se cumplió con el deber de información al efectuarse el traslado.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida, en lo atinente con la absolución de la condena en costas, por cuanto el artículo 365 del C.G.P., establece que la condena es objetiva y no subjetiva, indicando los términos de la misma. Dentro del litigio se advierte de forma clara que la administradora privada desde el principio presentó oposición a la solicitud de traslado efectuada por el demandante, primero en el trámite administrativo y luego con la contestación de la demanda, por lo que la condena en costas está debidamente soportada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la falta de información que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propios de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

Ref: Radicación N° 110-01-31-05-029-2019-00404-01. Proceso Ordinario de Juro Alberto Herrera Lizeanu contra Colfondos y Otro (Apelación Sentencia).

información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o siquiera haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha

sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podían materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala declara la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser o no beneficiario del régimen de transición, pues la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establece alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

hasta la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., que asumió su responsabilidad al momento de traslado, es viable imponer la condena en costas de primera instancia, por lo que se revocará la decisión de primer en tal sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancias a cargo de únicamente de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: REVOCAR** el numeral **CUARTO** de la sentencia proferida, para en su lugar, **CONDENAR** en **COSTAS** de ambas instancias a la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia recurrida en lo demás. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

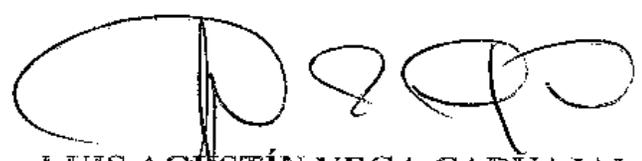


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

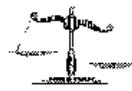
Ref: Radicación N° 110-01-31-95-029-2019-0040-01. Proceso Ordinario de Juicio Alberto Herrera Lizcano contra Colpensiones y Otro. (Apelación Sentencia).



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Se lea voto parcial



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Ref: Radicación N° 110-01-31-05-029-2019-00441-01. Proceso Ordinario de Olga Lucía Rojas Rivera contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir SENTENCIA, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la demandadas Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de junio del 2020. Así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de nulidad de traslado a la AFP Porvenir S.A, se le condene a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con los bonos, aportes, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora y en general los frutos e intereses conforme

lo establece el artículo 1746 del Código Civil, y se ordene a Colpensiones actualizar la historia laboral, activar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida; así mismo, solicitó se proceda con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante a partir del 25 de junio de 2018, junto con los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto manifiesta que nació el 25 de junio de 1962, por lo que al 1º de abril de 1994 no contaba con 35 años de edad, ni 750 semanas cotizadas, afiliándose al ISS el 13 de noviembre de 1984; que efectuó traslado a Porvenir S.A. el 1º de febrero de 1997; que efectuó reclamación administrativa tanto a Porvenir S.A., como ha Colpensiones solicitando la nulidad o ineficacia, las que fueron resueltas de forma negativa.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda en oposición a todas las pretensiones. Porvenir S.A. propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. Por su parte la demandada Colpensiones propuso entre otras las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro e lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y lo condenó a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones con todos sus frutos e intereses sin descuento alguno y así mismo a Colpensiones activar la afiliación de la

demandante y actualizar la historia laboral, absteniéndose de efectuar el estudio del derecho pensional reclamado. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada hubiere suministrado al demandante información completa, clara y oportuna sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, argumentando que el formulario de afiliación no es insuficiente para acreditar que se cumplió con el deber de información al efectuarse el traslado.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva a la demandada de todas y cada una de la pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, por cuanto quedó demostrado que la administradora sí dio información, suficiente, clara y oportuna al momento de efectuarse la afiliación, dando cumplimiento a la normatividad respectiva para el año 1996, desatacándose el criterio de voluntariedad mediante los actos de relacionamiento de la actora con la AFP, con la suscripción del formulario de afiliación y el pago de las cotizaciones respectivas. Así mismo, por cuanto el principio de información no puede recaer en su totalidad en Porvenir, pues el afiliado es quien conoce su situación particular y expectativas laborales, que en últimas darían un mejor derecho y que escapan al conocimiento de la AFP, aunado, con que la afiliada debía actuar con el conocimiento mínimo del consumidor financiero, lo que supone una comprensión del acto jurídico y las normas de conocimiento común que rigen la materia.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir

el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la falta de información que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones,

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición: la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o siquiera haberse aventurado a realizar una

simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podían materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser o no beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúa la encartada los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente a la devolución de saldos, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL 4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración, seguros previsionales y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, enfatizando, que es procedente la devolución tanto de los gastos de administración, como de los seguros previsionales, ya que es la Administradora Privada quien debe sufrir los deterioros, incluso con recursos propios, que genera la ineficacia del traslado.

Ahora bien, debe precisarse que si bien tal como lo indicó la apoderada recurrente, existen obligaciones en cabeza de los afiliados al momento de la celebración de un contrato, también lo es, que quien tenía la experticia suficiente y el conocimiento total de los presupuestos contemplados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad era la administradora de pensiones privada y por ello se exige un nivel mayor de compromiso para

con sus afiliados, pues en últimas, a éstos lo único que les motiva es alcanzar en algún momento su derecho pensional por vejez, situación por la cual tampoco se puede admitir los actos de relacionamiento con la AFP, pues para poder pertenecer al Sistema General de Pensiones debe suscribir el formulario respectivo y para poder obtener las contingencias de invalidez, vejez y muerte, debe efectuar los aportes correspondientes, por lo que tal argumento tampoco puede ser acogido.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que él mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, debe advertirse que no se hace necesario efectuar pronunciamiento alguno referente con el reconocimiento del derecho pensional, así como de los intereses moratorios solicitados en la demanda, pues la parte interesada no efectuó reproche alguno mediante el recurso de apelación, frente a la decisión adoptada por la falladora de primer grado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de esta instancia a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y sin ellas en primera instancia, dada la absolución impuesta por la aquo frente a dicho concepto confirmando en su integridad las de primera instancia.



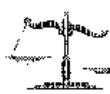
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de esta instancia a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., fijense como agencias en derecho la suma de \$600.000; y sin ellas en primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Solus veto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-030-2019-00176-01. Proceso Ordinario de Gustavo González Ferreira contra Colpensiones y Otros (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir SENTENCIA, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida el 11 de junio de 2020, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Colfondos S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses, activando la afiliación en dicha entidad y que una vez dicha entidad cuente con los aportes, proceda con el reconocimiento de la pensión de vejez y las costas del proceso.



Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 15 de agosto de 1955, afiliándose al ISS el 27 de agosto de 1973, donde cotizó un total de 783 semanas hasta el momento de sus traslado, que se efectuó el 23 de agosto de 2000 a la AFP Colfondos S.A., administradora en la que se encuentra afiliado hasta el momento en que radicó el libelo demandatorio; que el asesor no le informó respecto de que la mesada pensional sería inferior a la que podría recibir en el ISS, que se le informó que el ISS se iba acabar y no se podría pensionar, que no se le indicaron las ventajas y desventajas de cada régimen de pensiones, ni que se podría trasladar nuevamente al RPM antes de cumplir 52 años; que se solicitó el traslado de aportes pensionales con ocasión del engaño padecido.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la nulidad e ineficacia del traslado efectuado por el accionante a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, ante la falta al deber de información, por cuanto no se logró acreditar por parte de la demandada el suministro de la información necesaria y precisa para que el demandante pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, y ordenó a dicha sociedad a la devolución de los aportes efectuados, junto con los frutos, bonos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual y disponiendo, que Colpensiones debía recibir tales aportes y actualizar la historia laboral; así como, indicó que el actuar de la administradora privada estuvo precedida de dolo.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propios de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar "*...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*"; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en

Rel.: Radicación N.º 110-01-31-05-030-2019-00176-01, Proceso Ordinario Gustavo González Barranta contra Colpensiones y OTC (Consulta Sentencia).

donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúan las encartadas los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ret.: Radicación N.º 119-01-31-05-030-2019-00176-01. Proceso Ordinario. Gustavo González Ferreira contra Colpensiones y Otro (Consulta Sentencia)

Ahora bien; frente a la devolución de saldos, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL 4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración, seguros previsionales y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, enfatizando, que es procedente la devolución tanto de los gastos de administración, como de los seguros previsionales, ya que es la Administradora Privada quien debe sufrir los deterioros, incluso con recursos propios, que genera la ineficacia del traslado.

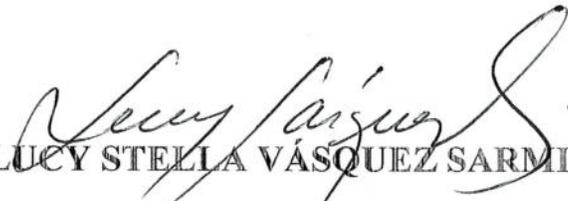
En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo únicamente de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. ADICIONAR** el fallo proferido, en el sentido de **AUTORIZAR** a **COLPENSIONES** para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de primera instancia a cargo únicamente de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-035-2018-00690-01. Proceso Ordinario Maria Teresa Bastidas Alarcón contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 21 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar su cuenta de ahorro individual con solidaridad junto con sus

rendimientos, frutos e intereses, así como las cuotas de administración, al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se ordene a la AFP Colfondos S.A. a devolver las cuotas de administración al régimen de prima media con prestación definida por el tiempo en que estuvo afiliada a dicho fondo de pensiones, y a Colpensiones activar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 15 de marzo de 1956, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales en donde cotizó aproximadamente hasta el mes de agosto de 1998.

Aduce que en diciembre de 1998 cuando prestaba servicios en la Contraloría, unos asesores de Colfondos le manifestaron que era mas conveniente que se trasladara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, porque en éste se pensionaría con mejores condiciones que en el ISS y en razón a ello, tomó la determinación de trasladarse.

Indica que en julio de 2000 fue visitada por un Asesor de Colpatria pensiones y cesantías, hoy Porvenir S.A. le recomendó trasladarse de fondo de pensiones porque allí obtendría mejor rentabilidad y que ello redundaría en una mejor mesada pensional, y en consideración a esa circunstancia optó por trasladarse de fondo.

Sostuvo que al momento de su traslado a una y otra administradora del régimen de ahorro individual, no se le brindó la información adecuada, veraz suficiente, clara, comprensible, pertinente y oportuna, donde se objetivaras las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales existentes que le permitieran tener los suficientes elementos de juicio para optar por el citado traslado.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que la afiliación de la demandante al RAIS es válida en tanto obra como soporte de las mismas las cotizaciones que efectuó de manera libre y voluntaria. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios y compensación.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías², por su parte adujo que la afiliación de la demandante fue libre y voluntaria, y que en razón a ello libre de cualquier vicio en el consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, entre otras.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. indicó que no puede tildarse de falsa y engañosa la manifestación del Asesor del RAIS en el sentido de indicar a un afiliado que puede obtener una pensión más alta que la que obtendría en el RPM pues ello es perfectamente posible de acuerdo con la esencia del RAIS que pone en manos del afiliado la decisión respecto a su futuro a través de la planeación y el ahorro. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *a quo* declaró la nulidad del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP

¹ Cfr fls 103 a 111

² Cfr fls 131 a 147

Colfondos y como consecuencia de ello ordenó a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos financieros, ordenó tanto ésta como a la AFP Colfondos asumir con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración y condenó a Colpensiones a volver a afiliarla al régimen de prima media con prestación definida.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral, los administrados de fondos de pensiones tienen la obligación de suministrar información clara, completa y veraz acerca de las consecuencias del traslado de régimen y que en el asunto la demandada no acreditó tal situación.

Inconformes con la determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

Aduce la apoderada de Colpensiones, que la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, propicia la descapitalización del régimen de prima media con prestación definida, puesto que dentro de su presupuesto no tiene una proyección establecida, para solventar las mesadas pensionales a las cuales tendría derecho la demandante.

Agrega en el mismo sentido que la demandante no puede excusarse en el desconocimiento de la ley, máxime cuando al absolver interrogatorio de parte reconoció que había recibido asesoría tanto por parte de Colfondos,



como por parte de Porvenir; y que a su juicio lo que se puede advertir es que la demandante dejó al azar su futuro pensional y prefirió la rentabilidad que se le ofrecía en el régimen de ahorro individual.

De otra parte, indicó que en caso de que se confirme la decisión de primer grado, solicita se ordene a las AFP del RAIS no deducir suma alguna por concepto de seguros de invalidez y sobrevivientes o gastos de administración, dado que ello llevaría a la descapitalización del sistema que administra

El apoderado de la Colfondos S.A. AFP, interpone recurso de apelación en relación con la condena que se impuso en contra de su representada, relacionada a los gastos de administración, puesto que el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 regula el cobro de dichas comisiones, puesto que en el RAIS se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar pensiones y permanecer en el RAIS le ha permitido a la demandante obtener rendimientos respecto de los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual.

Por su parte el apoderado de la demandada AFP Porvenir S.A. sostiene en primer término que dentro del plenario no existe medio de convicción del cual sea posible establecer que el traslado de régimen pensional hubiere estado viciado de nulidad o fuere ineficaz, o que no se puede decretar dicha consecuencia jurídica toda vez que de lo manifestado por la demandante se puede inferir que un deber de información en virtud del cual se explicaron las características técnicas del régimen.

Sostiene que su representada es un tercero de buena fe en tanto se afilió a la misma dos años después de que se produjo el traslado de régimen y que su vinculación se aceptó en tanto no le era dable abstenerse de recibir nuevos afiliados, agrega en el mismo sentido que las proyecciones

pensionales no cumplen la función de generar una expectativa pensional, puesto que dependen del momento en que se soliciten.

De otra parte indicó que los gastos de administración representan para su representada la remuneración de la administración que hizo de los aportes que realizó a la demandante quien se benefició del crecimiento de sus aportes, los cuales se generan únicamente en el régimen de ahorro individual y no en el régimen de prima media, y que por ende si le efecto jurídico es la nulidad y se quieren volver las cosas al estado anterior, se debe tener en cuenta que esos rendimientos financieros no se hubieren generado en el régimen de prima media.

Y agrega que en incluso la Superintendencia Financiera ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el particular que no es dable a las AFP retornar los gastos de administración, en la medida que es la remuneración que se da por la gestión de esos dineros y que decretarlo sería tanto como desconocer que los riesgos de invalidez y muerte nunca estuvieron cubiertos durante la vinculación del accionante al régimen de ahorro individual.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, contrario a lo que plantea el apoderado de la Sociedad AFP Porvenir S.A., la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³,

³ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que

la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propios de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que Colfondos S.A. AFP, debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado

la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Sin embargo no existe dentro del plenario medio de convicción que dé cuenta de ello, pues a pesar de que la demandante al absolver interrogatorio de parte refirió que se le brindó una asesoría, no es posible establecer que se la misma se ajustara a los supuestos antes enunciados, es decir, una información completa y veraz acerca de su situación pensional, máxime cuando la deponente refirió que la asesoría se dio de manera grupal.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción de los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, motivo por el que se ha de modificar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la demandada Colfondos S.A. AFP, y como consecuencia de ello a Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna

clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, lo que en todo caso en nada obsta para que Colfondos tenga la obligación de asumir el pago de las cuotas de administración que descontó, tal como lo determinó el servidor judicial de primer grado, y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, y en tanto se aduce una descapitalización del sistema del régimen de prima media con prestación definida, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea

por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en esta instancia cargo de Porvenir S.A. y Colfondos S.A..

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- MODIFICAR la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad de la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia.

SEGUNDO AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.



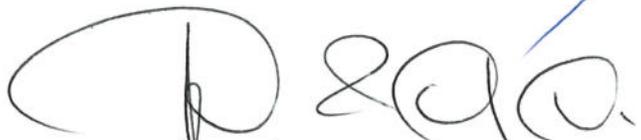
TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia cargo de Porvenir S.A. y Colfondos S.A., para su tasación inclúyase la suma de \$500.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *educativo porvenir*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-023-2018-00744-01. Proceso Ordinario de Héctor Leonel Parra Hoyos contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir SENTENCIA, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de agosto del 2019; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de la afiliación a la entonces Horizonte Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías S.A., hoy Porvenir S.A., se ordene a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, y a esta última a activar la afiliación al

Ref: Radicación Nº 110-01-31-05-023-2018-00744-01. Proceso Ordinario de Héctor León Palma Hoyos contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

régimen de prima media con prestación definida, y a que reconozca y pague la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional, la indexación de las condenas impuestas, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto manifiesta que nació el 24 de octubre de 1956, por lo que al omento de radicar la demanda cuenta con más de 62 años, afiliándose al ISS el 22 de junio de 1982; que se trasladó al RAIS mediante la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., no obstante, la administradora privada omitió brindar la información y asesoría adecuada, pues no se realizó proyección alguna, ni se advirtió sobre las consecuencias de su traslado; que elevó solicitud de anulación de traslado ante Colpensiones el 2 de noviembre de 2018, petición que fue negada en la misma fecha; que elevó petición ante Porvenir el 31 de Octubre de 2018, mediante el cual solicitó se hiciera entrega de la información suministrada al momento del traslado, así como copia de la historia laboral, del formulario de afiliación y de la proyección pensional, la que fue desatada mediante comunicado del 2 de noviembre de 2018 en la que se hizo entrega de los documentos peticionados y se indicó por parte de la AFP, que no cuenta con ninguna documentación que le fue entregada al actor al momento de la vinculación, por haberse realizado de forma verbal y por cuanto no existía obligación legal de realizar proyección alguna.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda en oposición a todas las pretensiones. Colpensiones propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica. Por su parte la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías porvenir S.A., propuso

entre otras las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías porvenir S.A., y la condenó a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones con todos sus frutos e intereses sin deducción de gastos de administración y así mismo, a Colpensiones activar la afiliación del demandante, actualizar la historia laboral y reconocer la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada hubiere suministrado al demandante la información completa, clara y oportuna sobre las condiciones de la situación pensional para que ésta pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales le era más favorable, aclarando que el formulario no es suficiente para que se acredite una voluntad informada. Así mismo, que el demandante reúne los requisitos de la ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que cumple con el requisito de las semanas y edad para pensionarse, quedando supeditada la efectividad de la prestación, hasta tanto se acredite el retiro del Sistema General de Pensiones.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda. Aduce en su recurso que el estudio partió de la aplicación del artículo 1504 del C.C., en lo que tiene que ver con el deber de diligencia que tenía la AFP, no obstante, el mismo no puede ser estudiado de forma genérica sino en conjunto con el articulado, ya que se trata de relaciones



contractuales, que llevan características y obligaciones entre el deudor y el acreedor, más aún, cuando se advierte que el artículo 1503 de la misma normatividad establece que los negocios se realizan con personas capaces, como ocurre en el caso bajo estudio, pues no está acreditado que el actor al momento de la afiliación fuera incapaz, por lo que el deber de diligencia también se debe aplicar respecto del afiliado, conforme se expone en el salvamento de voto del Doctor Jorge Quiroz Alemán. Así mismo, manifiesta que se indicó la falta al deber de información, no obstante, la misma se desprende de la calificación que realiza el demandante, sin tener en cuenta la asesoría previa a la afiliación, y se parte de la sentencia 1452 de 2019, en el sentido de que no se le indicaron las ventajas y desventajas del traslado, pero de forma objetiva no se estableció cual fue el riesgo o desventaja del actor, por lo que acoger tal precedente judicial abierto, genera inseguridad jurídica respecto del contrato de afiliación del año 2001 y se cuestiona el mismo cuando ha transcurrido más de 10 años desde su suscripción, de lo que se advierte, que no porque no exista documento en el que consta la información, ello implique de forma automática la falta a dicho deber por parte de la AFP.

De igual forma, se dice que el acto es ineficaz de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no obstante, dicha norma se establece en el caso de que falte alguna solemnidad al momento de suscribirse la afiliación, pero ese no es el caso que ocupa la atención, pues lo aducido por el actor es la falta al deber de información, que no puede ser equiparable a la ineficacia de la norma referida, por lo que de declararse la ineficacia, se hace necesario establecer las cotizaciones que se deben devolver, sin los rendimientos respectivos, pues esto es una característica propia del RAIS. Finalmente, refiere que tampoco es dable imponer la devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales, ya que tales conceptos se encuentran consagrados en la misma Ley, quien posibilita su

Referencia: Radicación Nº 110-01-31-05-023-2018-00744-01. Proceso Ordinario de Hechos y Opciones. Leonel Palomares contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

cobro de acuerdo con la gestión realizada por la AFP, la que se materializa en las diligencias, pues de no haberse realizado una debida actuación, no se hubiere generado rendimiento alguno en favor del demandante, así como que el pago de los seguros se genera para la cobertura de las contingencias de invalidez y muerte, derechos que son consumibles mes a mes, con ocasión de la cotización efectuada y que se dirigen de forma directa con la aseguradora contratada, situación diferente a la contingencia de la vejez, que se genera a futuro.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; y de encontrarse probado lo anterior, establecer si es o no procedente el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por el demandante.



Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la falta de información que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

¹ *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda

declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o siquiera haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar "*...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*"; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podían materializarse.

del: Radicación No. 110-01-91-05-023-2019-0074-01. Proceso Ordinario de Héctor Leonel Parra Hoyos contra Colpensiones y Otro. (Apelación beneficiaria).

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser o no beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúa la encartada los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

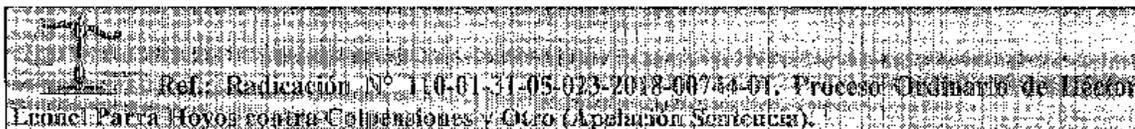
Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente a la devolución de saldos, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL 4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que



es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración, seguros previsionales y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, enfatizando, que es procedente la devolución tanto de los gastos de administración, como de los seguros provisionales, ya que es la Administradora Privada quien debe sufrir los deterioros, incluso con recursos propios, que genera la ineficacia del traslado.

Ahora bien, debe precisarse que si bien tal como lo indicó la apoderada recurrente, existen obligaciones bilaterales entre las partes al momento de la celebración de un contrato, también lo es, que quien tenía la experticia suficiente y el conocimiento total de los presupuestos contemplados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad era la administradora de pensiones privada y por ello se exige un nivel mayor de compromiso para con sus afiliados, pues en últimas, a éstos lo único que les motiva es alcanzar en algún momento su derecho pensional por vejez. Así mismo, debe reiterarse que si bien la pasiva aduce que por la no existencia de un documento que acredite la información brindada al afiliado en el momento de traslado, ello no implica que la misma no se haya dado, supuesto que es acertado, no obstante, el inconveniente que se presenta, es que la AFP no acreditó por ningún medio, que se le hubiere brindado la información clara, precisa y veraz al demandante al momento de su traslado, pues si bien la misma señala algunas consideraciones en su interrogatorio de parte, también lo es, que desconocía las desventajas del traslado, por lo que se insiste, no es suficiente con informar los beneficios del traslado, sino todos aquellos aspectos negativos para el caso particular de cada afiliado.



En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que él mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Ahora bien, frente al estudio del derecho pensional deprecado por el demandante, debe indicarse en primer lugar, que el mismo no es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que el mismo exigía contar con 40 años de edad las mujeres o 15 años de servicios o 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, al 1º de abril de 1994, por cuanto el actor nació el 24 de octubre de 1956, por lo que a la data ya mencionada contaba con 37 años de edad y tan sólo contaba con poco más de 200 semanas cotizadas, por lo que no le es aplicable el régimen de transición.

En ese orden de ideas, el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993², establece como requisitos para el

² Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Ref.: Radicación N° 110-01-05-023-2018-00744-0. Proceso Ordinario de Héctor Leonel Parra Reyes contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

reconocimiento del derecho pensional tener 55 años si es mujer o 60 años de edad si es hombre, no obstante, a partir del 1º de enero de 2014 la edad se aumentaría a 57 y 62 años respectivamente, así como contar con 1000 semanas cotizadas, las que irían en ascenso hasta el año 2015, para completar 1300 semanas cotizadas en cualquier tiempo por el afiliado.

De acuerdo con lo anterior, advierte esta Sala de Decisión que en efecto el demandante acreditó los presupuestos para el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones, teniendo en cuenta que acreditó los 62 años el 24 de octubre de 2018, conforme se puede extraer de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 11 del plenario, así como, que acreditó 1.503.71 semanas cotizadas durante su vida laboral, pues cotizó en el ISS un total de 599.71 semanas, mientras que en el RAIS un total 904 semanas, hasta el mes de septiembre de 2018, advirtiendo que si bien existe una reducción en la densidad de semanas hallados por esta Sala de Decisión y las que encontró probadas el aquo, ello no implica un cambio o modificación en el reconocimiento del derecho pensional. No obstante, tal como lo indicó el fallador de primer grado, no hay certeza acerca del retiro del Sistema General de Pensiones del demandante o si el mismo continuó efectuando aportes y para la concesión de la mesada pensional se deberá tener en cuenta hasta la última semanas cotizada por el afiliado, por lo que la efectividad de la prestación se otorgará a partir del día siguiente al último ciclo de cotización realizado o acredite su retiro, para lo cual Colpensiones deberá tener en cuenta la liquidación más favorable ya sea con toda la vida laboral o los últimos 10 años de cotización, así como, para establecer el monto de la prestación, deberá efectuar el cálculo respectivo atendiendo los dispuesto en el artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10º de la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, frente a la excepción de prescripción propuesta frente al derecho pensional, debe advertirse que la misma se declarará no probada,

Ref: Radicación N° 110-01-31-05-023-2018-00764-01, Proceso Ordinario de Elección
Leonel Parra Hoyos contra Colpensiones y GPO (Apelación sentencia).

teniendo en cuenta que el libelo demandatorio se radicó el 11 de diciembre de 2018, tal y como se extrae del acta de reparto visible a folio 51 del plenario, no obstante, la efectividad de la prestación quedó establecida a partir del día siguiente a la última cotización, que por lo menos correspondería con posterioridad al ciclo de septiembre de 2018, aunado, con que se presentó la reclamación administrativa ante Colpensiones el 2 de noviembre de 2018³ por lo que ninguna mesada pensional quedaría cubierta por el término prescriptivo contenido en los artículo 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Finalmente, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno en lo referente a absolver a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios y la indexación de las condenas, como quiera que tales conceptos no fueron objeto de reproche por la parte interesada mediante el recurso de apelación, por lo que se ha de confirmar en su integridad la decisión relativa al reconocimiento del derecho pensional.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancias únicamente a cargo de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO.**

³ Cf. Fl. 19.



AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías porvenir S.A.; fíjese como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000,00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *subrogado
parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-005-2019-00282-01. Proceso Ordinario de Floralba Penueba Murillo contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir SENTENCIA, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá, el 4 de septiembre de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, frente aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses y se condene a Colpensiones a



reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida en forma automática sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral, así como, que se registre la declaratoria de nulidad en los sistemas correspondientes y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 29 de noviembre de 1959, estando afiliada al ISS al 1° de abril de 1994, donde cotizó un total de 913 semanas comprendidas entre el 8 de octubre de 1982 y el 30 de abril de 2000; que en el mes de junio de 1999 contactaron a la demandante por parte de Porvenir S.A., asesor que le informó que se podría pensionar a cualquier edad y que no debería esperar hasta los 57 años de edad como en Colpensiones, que se podría pensionar como quisiera, pero no se le explicó el cómo, así como que en cualquier momento podría petitionar la devolución de aportes y que su dinero estaba en una cuenta y no en un fondo común, por lo que se trasladó a dicha entidad el 1° de mayo de 2000; que con posterioridad se dio cuenta la demandante que la información era falaz y la indujo en error a firmar el formulario de afiliación, por cuanto el asesor no le indicó a la demandante que el derecho pensional se obtendría con el capital mínimo acumulado en su cuenta de ahorro individual, ni sobre las consecuencias del traslado, advirtiéndose engaño y desinformación por parte de la AFP, ya que no se informaron las ventajas y desventajas de uno y otro régimen; que elevó solicitud ante Colpensiones de nulidad de traslado el 12 de julio de 2018, la que fue negada mediante escrito del día 13 del mismo mes y año; que elevó petición a Porvenir el 9 de julio de 2018 y reiterado mediante escrito del 3 de agosto de la misma anualidad, en la que petitionaba la historia laboral o extractos de aportes en pensión, las que no ha sido resuelta.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la nulidad del traslado efectuado por la demandante a la AFP Porvenir S.A. y ordenó trasladar los aportes

pensionales, cotizaciones o bonos pensionales que tuviere en su poder y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros, activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualizara la historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole información suficiente y completa conforme lo dispone el artículo 12 del Decreto 720 de 1994.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

La apoderada de Colpensiones, solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se desestimen las pretensiones de la demanda. Lo anterior, por cuanto no se logró demostrar ningún vicio en el consentimiento de la demandante y por el contrario en el interrogatorio de parte se entiende que el traslado fue por voluntad propia, situación que se ratifica con ocasión de los 10 años que se mantuvo en el RAIS, momento para el cual no se encontraba en prohibición alguna para efectuar dicho traslado, no obstante, de efectuarse en la actualidad, la actora se encontraría en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Así mismo, señala que hubo negligencia de la demandante, pues no se preocupó por su derecho pensional, al igual que con la sentencia se estaría vulnerando el principio de estabilidad financiera del sistema, ya que lo que pretende con la nulidad es que Colpensiones proceda con el reconocimiento de la pensión de vejez, la que se va a financiar con los apotres de las personas que sí se han mantenido en el RPM, ya que si bien se retornar las cotizaciones, rendimientos y frutos, también lo es, que no es rentable el pago de la futura pensión que podría reclamar la demandante. Finalmente, señala que no se originó un error de hecho, sino de derecho y



bajo el postulado del artículo 9º del Código Civil, la ignorancia de la Ley no puede servir de excusa, por lo que no es viable acceder al traslado peticionado.

Por su parte, el apoderado de la demandada Porvenir S.A., también peticionó la revocatoria de la sentencia y la absolución de todos los pedimentos elevados, teniendo como sustento que se indicó en el fallo una negación indefinida por falta de información y que la AFP tenía la carga probatoria de demostrarlo, no obstante, conforme con los hechos 6º, 7º y 8º, se entregó información errónea que permite alejarse del precedente judicial y en este caso, era la demandante quien debía correr con la carga de la prueba de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., actividad probatoria que no está acreditada. De igual forma, manifiesta que se está desconociendo la calidad de documento público del formulario de afiliación, el que no fue efectuado de forma caprichosa por la administradora, sino bajo el cumplimiento de la normatividad vigente en su momento y que refleja la voluntad del traslado, por lo que se observa, que en efecto la demandante pretende pasar por alto la prohibición del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, referente a la imposibilidad de traslado cuando le falten menos de 10 años para adquirir el derecho pensional . Como último argumento, adujo compartir la tesis sostenida en el recurso de apelación de Colpensiones, que lo presentado en el caso bajo estudio fue un error de derecho y no de hecho, así como existe actitud negligente de la demandante en su vida y futuro derecho pensional, advirtiéndose que no se impone carga alguna al afiliado no solo de las obligaciones laborales, sino de las regulaciones generales, que implican que el desconocimiento de la Ley no es excusa, más cuando no existe preocupación por los aportes que efectuó tanto la demandante, como sus empleadores.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

¹ "(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la

ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)

“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).

carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de modificar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en dicho sentido.

Ahora bien, debe indicarse que no es posible acoger el dicho de las encartadas frente a que se trató de una indebida información brindada a la afiliada y con ocasión de ello, la carga de la prueba reposaba en la cabeza de la actora, pues si bien en los hechos 6º, 7º y 8º de la demanda se indica una información por parte de la AFP, también lo es, que en los mismos se advierte que tal información no fue completa por parte de la AFP, pues no se le indicó a la señora Peñuela Murillo como se podría pensionar de forma anticipada y con un monto superior al del RPM, aunado, con que no se debe entender de forma separada cada hecho, sino como el conjunto de las narraciones fácticas, de lo que se comprueba que en efecto no se brindó la

Acta
Radicación: 11-01-31-05-005-2019-00282-011. Proceso Ordinario. Floralba
Pineda Murillo contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

información clara y **completa** a la nueva afiliada. Igual sentido, ocurre respecto de la afirmación concerniente con que la actora incurrió en negligencia al no estar pendiente de sus aportes pensionales y de que la ignorancia de la Ley no sirve de excusa, pues si bien tal planteamiento es cierto, también lo es, que quien tenía el conocimiento certero del Régimen Ahorro Individual con Solidaridad eran las administradoras de pensiones del sector privado, tales como lo atinente con los rendimientos financieros y el capital necesario para adquirir el derecho a una prestación, mientras que lo perseguido en regla general por los afiliados, es poder obtener el derecho pensional.

Finalmente, debe advertirse que en efecto la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las Costas de ambas instancias estarán únicamente a cargo de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

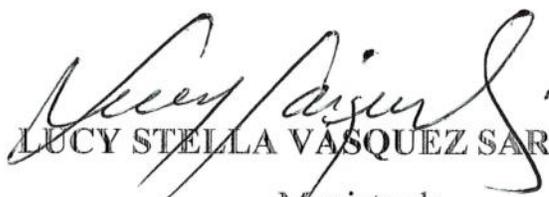
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO.**



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-005-2019-00282-01. Proceso Ordinario Floralba Peñuela Murillo contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

MODIFICAR la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad de la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO AUTORIZAR** a **COLPENSIONES** para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. - CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **CUARTO.- CONDENAR** en **COSTAS** de ambas instancia únicamente a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.: fijense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000,00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref. Radicación N°: 110-01-31-05-024-2018-00690-01. Proceso Ordinario de Marcha Patricia Ruiz Téllez contra Colpensiones y Otros (Apelación SENTENCIA).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir SENTENCIA, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de marzo del 2020. Así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, se ordene a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, y a esta última a activar

la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, y a que reconozca y pague la pensión de vejez de conformidad con lo expuesto en la Ley 797 de 2003, a partir del día siguiente a la última cotización, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto manifiesta que nació el 27 de abril de 1960, empezando a cotizar al ISS a partir del 1° de octubre de 1980, donde cotizó un total de 1093 semanas; que se trasladó a Colfondos el 10 de octubre de 2001, bajo el supuesto de que la mesada pensional sería mayor y podría acceder a otros beneficios, no obstante, la AFP no verificó la historia laboral, el salario devengado, ni el entorno familiar de la afiliada, las ventajas y desventajas del RAIS, tales como una reducción del 40% de la mesada pensional, el sistema de capitalización, ni efectuó proyecciones pensionales, así como la redención del bono pensional sería hasta los 60 años; que la demandante adquirió una asesoría por cuenta propia en marzo de 2017, por lo que elevó solicitud de ineficacia de afiliación ante Colfondos el 9 de marzo de 2018 y activación de la afiliación y estudio de la pensión de vejez ante Colpensiones en la misma fecha; que Colfondos dio respuesta negativa a su petición el 22 de marzo de 2018, por lo que se elevó solicitud de copia de la hoja de vida y soporte de las capacitaciones de la asesora que incentivó el traslado; que la administradora privada generó un perjuicio a la demandante, ya que la mesada pensional sería un 40% inferior a la que le podría corresponder en el RPM.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda en oposición a todas las pretensiones. Colpensiones propuso las excepciones de buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción y

Ref: Radicación Nº 110-01-31-05-024-2013-01690-III. Proceso Ordinario de Martha Patricia Ruiz Féliz contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

la genérica. Por su parte la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías propuso entre otras las falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe. Compensación y pago, sancionamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y la condenó a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones con todos sus frutos e intereses sin deducción de gastos de administración y así mismo, a Colpensiones activar la afiliación de la demandante, actualizar la historia laboral y reconocer la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada hubiere suministrado a la demandante la información completa, clara y oportuna sobre las condiciones de la situación pensional para que ésta pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales le era más favorable, aclarando que el formulario no es suficiente para que se acredite una voluntad informada. Así mismo, que la demandante reúne los requisitos de la ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que ya cumple con el requisito de las semanas y edad para pensionarse, quedando supeditada la efectividad de la prestación, hasta tanto se acredite el retiro del Sistema General de Pensiones y para lo cual Colpensiones debía liquidar el derecho pensional con los 10 últimos años o toda la vida laboral, otorgando el más favorable de conformidad con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la

decisión de primer grado y en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda. Aduce en su recurso que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, siendo ésta la única posibilidad de trasladarse en cualquier tiempo al RPM, por lo que la actora se encuentra en la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, que no permite su traslado cuando le falten al afiliado 10 años para adquirir el derecho pensional. De igual forma, por cuanto no se demostraron los vicios del consentimiento por parte de la demandante, ya que su traslado fue voluntario y ratificado con su estadía en el RAIS por más de 15 años, por lo que solicito acoger la tesis expuesta por el mismo tribunal, que niega la ineficacia cuando no se es beneficiario del régimen de transición, pues una decisión en contrario, genera un desfinanciamiento del régimen pensional y pone en peligro el derecho de otros afiliados que han sido constantes en su permanencia al RPM. Finalmente, solicita se autorice a Colpensiones a reclamar mediante acciones legales el resarcimiento de los daños y perjuicios económicos que llegare a generar el traslado de la demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; y de encontrarse probado lo anterior, establecer si es o no procedente el reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por la demandante.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la falta de información que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

En frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los

no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, honos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

Ref: Radicación N° 171-01-31-05-024-2018-00096-01. Proceso Ordinario de Martha Patricia Ruiz Tellez contra Colfondos y Otro (Apelación Sentencia).

aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o siquiera haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podían materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser o no beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúa la encartada los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente a la devolución de saldos, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL 4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, quien tiene el deber de



devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, enfatizando, que es procedente la devolución tanto de los gastos de administración, como de los seguros provisionales, ya que es la Administradora Privada quien debe sufrir los deterioros, incluso con recursos propios, que genera la ineficacia del traslado.

Así mismo, debe advertirse que no es posible acoger el dicho de la recurrente en el sentido de que la demandante ratificó su traslado con ocasión de sus 15 años de permanencia en el mismo, así como, que no acreditó el vicio en el consentimiento, pues el término que permaneció en el RAIS, no implica que al momento del traslado se haya brindado la debida información para tomar una decisión consciente de su derecho pensional, así como, que era la administradora de pensiones privada, quien debía acreditar tal situación frente a los vicios del consentimiento, con ocasión de la teoría de la inversión de la carga de la prueba.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que él mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Ahora bien, frente al estudio del derecho pensional deprecado por la demandante, debe indicarse en primer lugar, que la misma no es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que el mismo exigía contar con 35 años de edad las mujeres o 15 años de servicios o 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, esto es, al 1° de abril de 1994, por cuanto la actora nació el 27 de abril de 1960, por lo que a la data ya mencionada contaba con 33 años de edad y tan sólo contaba con 694,42 semanas cotizadas, por lo que no le es aplicable el régimen de transición.

En ese orden de ideas, el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993², establece como requisitos para el reconocimiento del derecho pensional tener 55 años si es mujer o 60 años de edad si es hombre, no obstante, a partir del 1° de enero de 2014 la edad se aumentaría a 57 y 62 años respectivamente, así como contar con 1000 semanas cotizadas, las que irían en ascenso hasta el año 2015, para completar 1300 semanas cotizadas en cualquier tiempo por el afiliado.

De acuerdo con lo anterior, advierte esta Sala de Decisión que en efecto la demandante acreditó los presupuestos para el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones, teniendo en cuenta que acreditó los 57 años el 27 de abril de 2017, conforme se puede extraer de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 27 del plenario, así como, que acreditó

² Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

Ref: Radicación N° 110-01-31-05-024-2018-00690-01. Proceso Ordinario de Martha Patricia Ruiz Telez contra Colpensiones y Otro (Apreciación Sentencia).

1.995.17 semanas cotizadas durante su vida laboral, pues cotizó en el ISS un total de 1.090,71 semanas, mientras que en el RAIS un total 905 semanas, hasta el mes de mayo de 2019. No obstante, tal como lo indicó la falladora de primer grado, no hay certeza acerca del retiro del Sistema General de Pensiones de la demandante o si la misma continuó efectuando aportes y para la concesión de la mesada pensional se deberá tener en cuenta hasta la última semanas cotizada por el afiliado, por lo que la efectividad de la prestación se otorgará a partir del día siguiente al último ciclo de cotización realizado o acredite su retiro, para lo cual Colpensiones deberá tener en cuenta la liquidación más favorable ya sea con toda la vida laboral o los últimos 10 años de cotización, así como, para establecer el monto de la prestación, deberá efectuar el cálculo respectivo atendiendo lo dispuesto en el artículo 21 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10° de la Ley 797 de 2003.

Ahora bien, frente a la excepción de prescripción propuesta frente al derecho pensional, debe advertirse que la misma se declarará no probada, teniendo en cuenta que el libelo demandatorio se radicó el 13 de diciembre de 2018, tal y como se extrae del acta de reparto visible a folio 103 del plenario, no obstante, la efectividad de la prestación quedó establecida a partir del día siguiente a la última cotización, que por lo menos correspondería con posterioridad al ciclo de mayo de 2019, por lo que ninguna mesada pensional quedaría cubierta por el término prescriptivo contenido en los artículo 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Finalmente, no hay lugar a efectuar pronunciamiento alguno en lo referente a absolver a la demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios y la indexación de las condenas, como quiera que tales conceptos no fueron objeto de reproche por la parte interesada mediante el

recurso de apelación, por lo que se ha de confirmar en su integridad la decisión relativa al reconocimiento del derecho pensional.

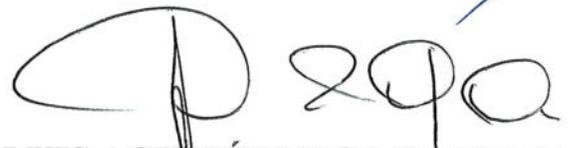
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en las instancias dada la absolución efectuada por la falladora de primer grado de dicho concepto y por el estudio íntegro de la decisión en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. SIN COSTAS** en las instancias, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-032-2018-00374-01. Proceso Ordinario Nubia Mercedes Sandoval Huertas contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 11 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad del traslado de régimen pensional al régimen de ahorro individual con solidaridad el 15 de julio de 1994, al existir un vicio en el consentimiento y que Colpatria, hoy Porvenir S.A., incurrió en omisión al deber legal de informarle todas las etapas del

proceso desde la antesala de la afiliación hasta la determinación del disfrute pensional; se condene a Colfondos S.A. a tramitar de manera inmediata su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida y trasladar a Colpensiones los recursos de la cuenta de ahorro individual correspondientes a las cotizaciones del riesgo de vejez.

En lo que interesa al asunto como sustento de sus pretensiones afirmó que nació el 26 de septiembre de 1962, que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de diciembre de 1988 hasta el 28 de julio de 1994.

Indicó que el 15 de julio de 1994 suscribió el formulario de solicitud de vinculación con la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A., el que afirma fue diligenciado en su totalidad por el funcionario de la AFP Colpatria, quien afirma se limitó a dar una charla general a fin de divulgar las bondades del régimen de ahorro individual con solidaridad, entre las que indicó que su pensión más favorable, q se podía pensionar a los 55 años de edad, que su pensión sería más alta y que el ISS se iba a acabar.

Señaló que el asesor de la AFP Colpatria omitió informarle que con ocasión a su traslado automáticamente perdía los beneficios, que de una parte de sus aportes se descontaría una parte por la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, que en su caso particular si deseaba pensionarse antes de los 57 años de edad debía realizar cotizaciones voluntarias independientes de los aportes obligatorios, mientras que en el ISS solo necesitaría 1000 semanas y 55 años de edad para obtener una pensión con un porcentaje del 65% al 85% del ingreso base de liquidación, entre otros aspectos.

Afirmó que el 14 de octubre de 2009 se trasladó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la cual tampoco le informó el cálculo comparativo que le permitiera conocer el valor de su eventual mesada pensional en el ISS, hasta el mes de mayo de 2016, en el que se determinó que el monto de su mesada

pensional a los 54 años de edad sería de \$910.995,00 y a los 57 años de edad de \$1'182.038,00, indicándole que el último ingreso base de cotización era de \$4'730.000,00, de allí que en Colpensiones una eventual pensión con el mínimo de semanas correspondería a la suma de \$2'954.961,00.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ indicó que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en las cuales se brindó la asesoría del régimen de ahorro individual y que de acuerdo con ello debe demostrarse dentro del proceso el engaño u omisiones por parte de la administradora. Propuso en su defensa las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación y prescripción.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías², adujo que al demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no cumple con los requisitos que estableció la sentencia SU 062 de 2010 y SU 130 de 201, y que en razón a ello no tiene derecho a trasladarse al régimen de prima media con prestación definida; y que no se advertía que se haya presentado un error que condujera a una determinación equivocada de las partes. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe, genérica o innominada.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo el traslado del régimen pensional de la demandante no se hizo en contra de su aprobación legal y se dio cumpliendo todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico.

¹ Cfr fls 79 a 88

² Cfr fls 119 a 146

Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e insistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tacto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica.

Mediante providencia del 3 de julio de 2019 se ordenó la vinculación de la AFP Protección y de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. en condición de Litis consortes necesarias, las que dieron respuesta a la acción igualmente en oposición a las pretensiones, Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A, hoy Skandia Administradora de pensiones y Cesantías S.A.³, propuso las excepciones de fondo de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participo ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, prescripción, entre otras.

Y la Administradora de Fondos de Pensión y Cesantías Protección S.A, propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de casusa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *a quo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia de ello condenó a la demanda Porvenir S.A y a las integradas al proceso como litisconsorte necesarias Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A, y Protección S.A, a trasladar con destino a Colpensiones los dineros que por concepto de gastos de administración y seguros previsionales hayan descontado de los aportes efectuados por la demandante en el tiempo en que estuvo afiliada a cada una de estas administradoras, y

³ Cfr fls 270 a 278

ordenó a la demandada Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que, de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral, los administrados de fondos de pensiones tienen la obligación de suministrar información clara, completa y veraz acerca de las consecuencias del traslado de régimen y que en el asunto la demandada no acreditó tal situación.

Inconformes con la determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de Porvenir S.A. indicó que de acuerdo con el interrogatorio de parte absuelto por la demandante se demostró que la falta de información o la falta del deber de información, se predicó como consecuencia directa del empleador, pues fue éste quien obligó a sus empleados a trasladarse de régimen pensional, y por tanto quien efectivamente vulneró el derecho de la actora, máxime cuando no existió presencia por parte de las AFP al momento del traslado.

Agregó en el mismo sentido que si bien no existió ninguna información por parte de los asesores de la AFP, ello fu imposibilitado por el gerente comercial de la sociedad o de la empresa en la cual se encontraba laborando la demandante.

En punto a la devolución de los gastos de representación indicó que en tanto estos tuvieron una debida causación para los momentos que esta tuvo

una afiliación vigente con Porvenir, Horizonte o Colpatria, no es procedente ordenar su devolución, así como tampoco la de los gastos de representación puesto que quedaron acreditadas las gestiones que realizó su representada en la administración de los recursos pensionales y que no se podía endilgar alguna violación de la normatividad vigente para el momento.

El apoderado de Protección S.A. a su turno expresó que la comisión de administración y la prima del seguro previsional son descuentos autorizados en la Ley 100 de 1993 y que son gastos que se utilizan para cubrir los gastos de administración y pagar la prima de seguro previsional, lo que afirma opera en ambos regímenes pensionales; y que en razón a ello el cobro o la deducción que en su momento efectuó, se encuentra regida por el principio de legalidad.

En el mismo sentido solicitó se tenga en cuenta que de acuerdo con los efectos de la nulidad establecidos en el artículo 1746 del Código Civil no debió haber administrado los recursos de las cuentas de ahorro individual de la afiliada y que en razón a ello los rendimientos que produjo dicha cuenta no se debieron haber causado, sin que se pueda desconocer que el bien administrado sí produjo unos frutos y mejoras; y en razón a ello solicita se considere en este caso la compensación entre los gastos de administración con los rendimientos financieros que generó los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

La apoderada de Colfondos S.A. a su turno adujo que el deber de información fue surtido por parte de la AFP Colpatria y que conforme lo refirió la demandante al absolver interrogatorio de parte su representada la asesoró en todo momento.

Afirma en tal sentido que la afiliación al régimen fue carente de vicios por parte de las Administradoras de Fondos privadas y que en tal sentido la afiliación de la demandante si fue legítima y no le cabe a las administradoras de fondos de pensiones la manifestación de que hubo algún vicio del consentimiento o que fue constreñida ella para afiliarse, pues aun cuando la demandante manifestó que en algún momento fue insinuado u ordenado por parte de su empleador la afiliación del fondo privado este vicio del consentimiento no fue perpetrado precisamente por las empresas de fondos de pensión, si no fue directamente por el empleador.

La apoderada de Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones S.A. a su turno expresó que la comisión de administración esta direccionada a retribuir las diferentes actividades que deben desarrollar las instituciones pensionales dentro de las cuales pues claramente se encuentra no solo Colpensiones si no todas las administradoras de fondos de pensiones privados y de allí el valor de las mismas no es del afiliado porque tanto en el RAIS como en el RPM, se destina esa a favor de las actividades que desarrollan las administradoras de riesgos de pensiones más no a la financiación de la prestación económica

Agrega que a su juicio resulta improcedente ordenar la restitución a Colpensiones de dicha comisión, porque no ha desarrollado ninguna actividad en pro de la construcción de la historia laboral y la financiación de la prestación o de los recursos para financiar la pensión de vejez y ordenarlo sería tanto como generar un enriquecimiento sin justa causa o un pago de lo no debido a favor de dicha administradora

Por su parte la apoderada de Colpensiones indicó que se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica entendiendo que su representada es una tercera ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante y las AFP a las que se encontró afiliada la misma en el régimen de ahorro individual, y que en tal virtud, en atención a que los efectos de los actos jurídicos únicamente pueden darse interpartes

Aduce en el mismo sentido que con ocasión a la declaratoria de nulidad se va a retornar a una afiliada a un régimen que no tuvo en cuenta por más de 25 años frente a sus cálculos pensionales, proyecciones financiera ni sus reservas presupuestales, por lo que su regreso al régimen de prima media afectaría gravemente la sostenibilidad financiera de este sistema protegido por el artículo 48 de la constitución política del Acto Legislativo 01 del 2005.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que, contrario a lo que plantea el recurrente, la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga⁴,

⁴ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propios de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño

que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

alguno por la administradora en pensiones; obligación que por ende es concomitante a la creación del régimen de ahorro individual, de allí que la máxima Corporación de Justicia Laboral, acuda a lo que al efecto prevé no solamente el estatuto Financiero, sino el artículo 1604 del Código Civil.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que Sociedad AFP Colpatria, debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; sin embargo no existe dentro del plenario medio de convicción que dé cuenta de ello, al margen del posible constreñimiento por parte del empleador, pues esta circunstancia en modo alguno libera a las AFP de las obligaciones a su cargo, máxime cuando el deber de asesoría no se limita al momento de la afiliación.

En efecto, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha

sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por lo que la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colpatria, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y como consecuencia de ello de los traslados que se produjeron con posterioridad, a efectos de mantener intangible la vinculación del accionante en el régimen administrado por COLPENSIONES.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019 criterio reiterado en forma más reciente en la sentencia SL4811 de 2020, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros,

que los de descartar cualquier derecho u obligación y que con ocasión a ello “[l]a 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.”

De manera que contrario a lo que plantean los recurrentes, la AFP Colfondos S.A. tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y en ese mismo sentido las demás administradoras en que la demandante estuvo afiliada en su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad tienen la obligación de reintegrar los valores que descontó de las cotizaciones que se efectuaron a favor de la demandante, de allí que no merezca a la Sala la determinación que sobre el particular acogió el servidor judicial e primer grado; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

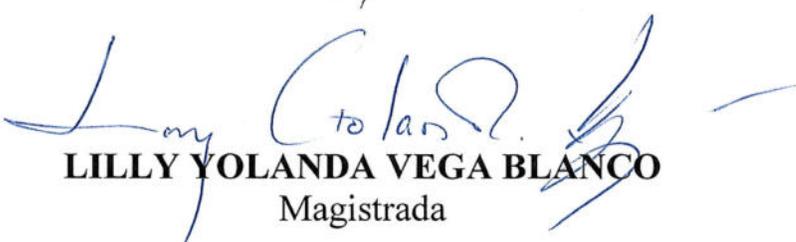
PRIMERO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la sentencia de primer grado en lo demás.

TERCERO.- COSTAS Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

*Sde o voto
por el*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-031-2019-00614-01. Proceso Ordinario Ramón Ariosto González Domínguez contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- y Otras (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 11 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual; se ordene a las demandadas AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. AFP a trasladar a la Unidad Administrativa

Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP- la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; y se ordene a la UGPP realizar las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado de régimen aprobado el 1º de agosto de 1998, así como a recibirlo sin solución de continuidad.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 13 de septiembre de 1959, que el 1º de agosto de 1998 se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por la UGPP al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante la afiliación a la AFP Protección S.A., y el 12 de noviembre de la misma anualidad a Colfondos S.A. AFP.

Aduce que la aparente decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP inicial que lo recibió y que así mismo, la AFP Colfondos S.A. no le informó sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.

Mediante providencia del 27 de septiembre de 2019¹ la servidora judicial de primer grado dispuso la vinculación al trámite del proceso al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como a Colpensiones.

Una vez notificadas tanto las accionadas como las vinculadas, contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones² adujo en esencia que la parte actora no probó que la afiliación a las Administradoras privadas sea nula o ineficaz, dado que cumple con los requisitos legales para su

¹ Cfr fl 82

² Cfr fls 89 a 106.

existencia. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de nulidad alegada, entre otras.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público³ sostiene que no tiene vínculo jurídico, legal, reglamentario, contractual o laboral con la demandante. Propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe.

La UGPP⁴ señaló en esencia que el traslado del demandante fue libre consiente y voluntario. Propuso las excepciones de mérito de falta de causa e inexistencia de la obligación, compensación y prescripción.

Por su parte Colfondos S.A. AFP se aillanó a las pretensiones de la demanda y el Despacho Judicial de primer grado mediante providencia de fecha 30 de enero de 2020, tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Protección S.A.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; al considerar en esencia que no se acreditó la existencia de vicio en el consentimiento por parte del demandante, quien suscribió en forma voluntaria el formulario de afiliación y no solo realizó múltiples actos de relacionamiento que permiten establecer su voluntad de pertenecer a dicho régimen pensional, sino que además el actor había trabajado en Cajanal y en razón ello no podía afirmar válidamente que tenía desconocía los alcances del régimen pensional, y también se pudo establecer que se le brindó la información.

³ Cfr fls 109 a 119

⁴ Cfr fls 103 a 112

Inconforme con la anterior determinación el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce en síntesis el recurrente que la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado es disímil con el criterio que ha sentido la Corte Suprema de Justicia, particularmente en relación la suscripción del formulario de afiliación y la obligatoriedad de los fondos de pensiones de ilustrar suficientemente las ventajas y desventajas del traslado entre regímenes; circunstancia esta última que, contrario a lo que concluyó la juez de primer grado, a su juicio no se acredita en el presente asunto.

Cuestiona el recurrente la valoración de las pruebas en tanto se tiene en cuenta la calidad profesional del demandante, de la que a su juicio no se puede pregonar el grado de experticia en temas de seguridad social, puesto que dentro del plenario se acredita que el cargo que desempeñó en Cajanal fue de un auxiliar, sin siquiera tener una calidad de abogado; y por ende no podía concluir que era un afiliado experto.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con

Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga⁵,

⁵ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Así mismo, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

En tal sentido, contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse; aspectos que no se pueden establecer del interrogatorio de parte que absolvió el accionante, pues allí éste indicó que

el asesor de Protección S.A. se limitó a informarle contaba con la posibilidad de pensionarse a temprana edad y con un buen monto.

Y en tal sentido interesa señalar que la Máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, al hacer alusión a la inversión de la carga de la prueba indicó que *"... el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue"*.

De otra parte, interesa tener en cuenta que aun cuando al momento del traslado el demandante se encontraba afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE– y que no registra aportes a Colpensiones, también lo es, que con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por Colpensiones.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción de los efectos de la nulidad, y adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *"la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado"*, motivo por el que se ha de revocar la decisión de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la demandada Protección S.A., y como consecuencia de ello, su posterior traslado a Colfondos S.A. AFP, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen de prima media que actualmente administra COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues

los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha el demandante se encuentra afiliado a Colfondos S.A. AFP, es ésta quien debe devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y la AFP Protección S.A. a su vez deberá asumir el pago de las cuotas de administración que descontó en el periodo en que el accionante estuvo afiliado; y como las cosas vuelven a su origen, de acuerdo con lo analizado deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho

pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en primera instancia cargo de Protección S.A., sin costas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrado con la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO.- CONDENAR a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante.



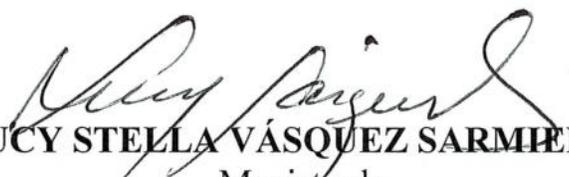
TERCERO.- CONDENAR a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES el valor de los recursos que descontó por concepto de cuotas de administración.

CUARTO.- ORDENAR a COLPENSIONES a recibir las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO.- COSTAS en primera instancia a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-004-2019-00538-01. Proceso Ordinario María Julieta Villamizar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad pública demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 15 de julio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que la ineficacia de su afiliación a la Administradora de Fondo de Pensiones AFP Colfondos S.A. y que se como consecuencia de ello se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima

media con prestación definida; se condene a Colfondos a registrar en su sistema la ineficacia de la afiliación y a transferir la totalidad del dinero ahorrado en su cuenta personal, junto con los rendimientos, sin descuentos por comisiones de administración; y a Colpensiones a activar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida y a reconocer y pagar la pensión de vejez a la que tiene derecho.

En subsidio a la pretensión relativa a la ineficacia del traslado de régimen solicitó se declare la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad como consecuencia del incumplimiento del deber de información.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 27 de octubre de 1960, que comenzó su vida laboral el 19 de abril de 1983, siendo afiliada a Capresub hasta el 10 de septiembre de 1986 y a partir de mayo de 1990 se afilió al Instituto de Seguros Sociales, hasta el mes de abril de 1999 cuando se trasladó a la AFP Colfondos.

Indicó que al momento de la suscripción del formulario de afiliación, no se le brindó información suficiente, clara y comprensible que le permitiera determinar los reales alcances de su decisión de traslado de régimen, lo que afirma la indujo a un error insuperable.

Adujo en el mismo sentido que la AFP Colfondos S.A. no la asesoró acerca de cual será el escenario más conveniente para ella, así como tampoco el informó el capital que debía reunir para tener derecho a la pensión en el régimen de ahorro individual, el concepto de bono pensional y su necesidad para financiar su pensión, la necesidad de destinar parte del aporte pensional a la adquisición de pólizas de seguros, entre otros aspectos.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, entre otras.

Por su parte la AFP Colfondos S.A. manifestó allanarse a todas y cada una de las pretensiones.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, para tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones y como consecuencia de ello condenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; y se condenó a ésta última entidad a aceptar dicho traslado.

Determinación a la que arribó al considerar en esencia qué, de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral, los administrados de fondos de pensiones tienen la obligación de proporcionar la información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible acerca de las consecuencias del traslado de régimen y que en el asunto no se acreditó tal situación.

¹ Cfr fls 62 a 71

Inconformes con la determinación el apoderado de la demandada Colpensiones, interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita el recurrente se revoque la determinación adoptada por la juez de primer grado y en su lugar se absuelva a su representada, para lo cual aduce en esencia que de acuerdo con el material probatorio existente dentro del proceso no existió un error de hecho sino de derecho el cual se subsanó con el paso del tiempo y la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS.

Y agregó que la determinación adoptada afecta gravemente la sostenibilidad financiera del régimen de prima media, dado que el traslado de los recursos la rentabilidad no es lo misma, afectando de ésta forma a los demás afiliados de Colpensiones.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse, de allí que no sea de recibo el planteamiento expuesto por el recurrente.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga², posición

² "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad



que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los

que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión... igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

Tal como lo consideró la servidora judicial de primer grado, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que Colfondos S.A. AFP, debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el

asunto no fueron acreditadas por la pasiva, quien por demás se allanó a las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción de los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la demandada Colfondos S.A. AFP, , a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre

de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que Colfondos AFP S.A., tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, y en tanto se aduce una descapitalización del sistema del régimen de prima media con prestación definida, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,



RESUELVE

PRIMERO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

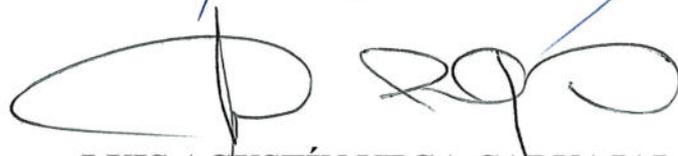
SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en el alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

*Solvo voto
parcial*