



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO Expediente: Rad.
110013105027201700074-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de 2021 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 1° de octubre de 2019 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA PIEDAD VARGAS TRUJILLO** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderado sustituto al Dr. ANDRES ZAHIR CARRILLO TRUJILLO, en los términos de los poderes otorgados (fls 185 y 187 a 202).

ANTECEDENTES

MARÍA PIEDAD VARGAS TRUJILLO, pretende que previa declaratoria de la resolución del contrato de aportes pensionales celebrado con LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A el 1° de diciembre de 1997, ante el incumplimiento de entregar información oportuna y completa que le permitiera tomar una decisión adecuada en materia del capital que debía ahorrar para asegurar su mesada pensional; se ordene a dicho fondo trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas como aporte pensional para financiar su pensión en COLPENSIONES; debiendo pagar PORVENIR S.A cualquier diferencia económica que surja para asegurar su financiación en el RPMPD, y que se condene a las demandadas al pago de las agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 28 de febrero de 1961; desde que inició su vida laboral estuvo afiliada al RPMPD; se trasladó al RAIS administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTIAS PORVENIR S.A. el 1° de diciembre de 1997 sin ser informada de manera suficiente sobre las consecuencias que podía generarle tal hecho, cuál régimen le convenía más y las proyecciones

que debía prever para asegurar el monto pensional, entre otros aspectos; ha recibido extractos en donde le informan el monto que tiene ahorrado, las utilidades que ha generado el fondo y el número de semanas aportadas, información que no se refería a cuánto era el capital que debería tener ahorrado a los 57 años, con cuánto capital podía pensionarse y cuánto dinero le faltaba por aportar y ahorrar para pensionarse con un salario mínimo dudas que nunca le resolvió satisfactoriamente pese a su solicitud de información; y sus peticiones de terminación del contrato no fueron resueltas favorablemente (fl 4-30)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con la afiliación de la demandante, el traslado de régimen y las solicitudes elevadas.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad y la genérica. (fls 79-99)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica. (fl 135-145)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1º de octubre de 2019, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz el traslado del RPMPD administrado por administrado por el ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– al RAIS administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.; condenar a esta última a transferir todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual; ordenar a COLPENSIONES afiliarse nuevamente a la demandante al RPMPD y a recibir las cotizaciones provenientes del fondo; declarar no probadas las excepciones formuladas por las demandas; y, condenar a PORVENIR S.A. al pago de las costas en la suma de \$2'000.000.00 como agencias en derecho.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, en la medida que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera

libre, consiente y voluntaria, cumpliendo la AFP con todos los parámetros que la ley le exigía para ese momento para hacer la afiliación o el traslado de régimen y por consiguiente no se puede pregonar que haya sido ilegal o exista un vicio para que se declare como nulo el traslado efectuado.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROVENIR S.A., al considerar que la vinculación de la demandante a PORVENIR S.A. fue un acto valido porque suscribió la solicitud de la vinculación de manera libre espontánea y sin presiones luego de haber sido recibida la asesoría, adicional a que ese y los demás fondos de pensiones, con ocasión de la expedición de la ley 797/03 y el decreto 3800/03 realizaron campañas a través de los medios de comunicación (15 de enero de 2004) sobre la posibilidad de retornar a COLPENSIONES dentro del año de gracia, sin que la actora escogiera esa posibilidad; así mismo no era beneficiaria del régimen de transición; y en todo caso dada su calidad de profesional contaba con la capacidad de sopesar los argumentos del traslado del régimen que le informo el asesor a fin de determinar si realmente le convenía o no, ratificando su intención de permanecer en el RAIS con la duración de su afiliación por más de 20 años. de otra parte, aceptó en su interrogatorio que sí se le brindó información por lo que mal puede invocar un vicio en el consentimiento, habiéndosele facilitado la información que para la época las administradoras estaban obligadas a dar con base en toda la normatividad, de ahí que la teoría de la inversión de la carga de la prueba que se le impuso no se realizó bajo un análisis ponderado y serio toda vez que ésta carga en principio incumbía a la demandante ya que de acuerdo al art 837 del código de comercio *“quien alegue la culpa o la mala fe o afirma que este debió o conoció este deberá probarlo”*, aclarando en todo caso que PORVENIR S.A. no tenía que probar que para la época en que se realizó el traslado debía informar sobre el mayor beneficio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia porque la actora no hizo uso de su derecho de retracto, no contaba con una expectativa legitima, no se dio el vicio del consentimiento por ella alegado, además que la carga de la prueba no podía ser aplicada de forma genérica y de todas formas la nulidad del traslado daría lugar a la descapitalización del sistema pensional. Por su parte, PORVENIR S.A., también solicitó que se revocara el fallo dado que la afiliación de la demandante fue valida, encontrándose instruidos y capacitados los funcionarios que brindan las asesorías para brindar la información completa y necesaria, sin que para la época de traslado tuviera la obligación de documentar las asesorías, amén de que la actora no ejerció el derecho de retracto, correspondiéndole a la misma la carga de la prueba de sus manifestaciones. Finalmente, la promotora de esta actuación peticiona que se confirme la sentencia en la medida que el deber de información no se acredita con la suscripción del formulario y el fondo demandado no demostró haber brindado la información necesaria, sin que el precedente de la Corte Suprema de Justicia aplique solamente a los beneficiarios del régimen de transición.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para la declaratoria de la ineficacia del traslado tener una expectativa legítima, **iii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por la demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado y que por su calidad de profesional debía conocer **iv)** si la permanencia en el RAIS por más de 20 años sana la nulidad del traslado de régimen, y **v)** si la eventual nulidad quedó saneada por la publicidad realizada el 15 de enero de 2004 y por la sola permanencia en el RAIS por más de 20 años. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 100 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 30 de octubre de 1997 con efectividad a partir del 1° de diciembre de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 126 vto, pruebas que en

principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que se cambió del ISS a PORVENIR S.A. en una reunión de veterinarios en la que se le acercó personal de su empleador y le comentó que habían dos representantes de PORVENIR S.A. y que iban a hablar respecto de las pensiones y que estaban esperándolos en otro salón, reunión en la que mencionaron que el ISS se iba a terminar y que si no se cambiaban iban a quedar en el aire; que PORVENIR S.A. era la mejor, sin tener conocimiento de la cláusula de retracto, además que los asesores nunca más volvieron y no pudo volverse a contactar para preguntarles más respecto a las pensiones, enterándose tiempo después que el ISS no se acabó si no que se iba a constituir otra empresa, pero desistió en seguir contactando con ellos por la imposibilidad con la jornada horaria por su empleo de veterinaria de campo y eso le impide comunicarse.

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

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

estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 30 de octubre de 1997 con efectividad a partir del 1° de diciembre de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde el año 1997, su condición de profesional -veterinaria-, o la publicidad realizada en el año 2004 genere la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014); reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de PORVENIR S.A.

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

COSTAS

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1° de octubre de 2019 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARÍA PIEDAD VARGAS TRUJILLO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

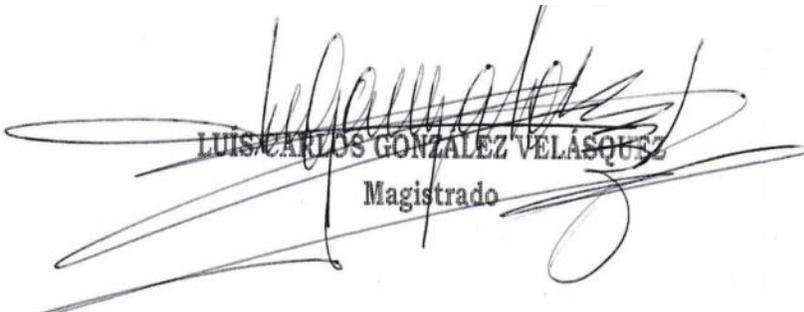
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A, y COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

EN USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105034201800232-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos las demandadas en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 28 de noviembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora SATURIA RODRIGUEZ BARBOSA en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Doctora SHASHA RENATA SALEH MORA en los términos y para los efectos de los poderes a ellas otorgados obrantes a folios 164-176; así como también se reconoce personería para actuar como apoderado de PORVENIR S.A., al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ en los términos de la escritura pública obrante de folios 183 a 194.

ANTECEDENTES

SATURIA RODRÍGUEZ BARBOSA, pretende que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS a través de PORVENIR S.A., al haber incumplido dicho fondo con su deber legal de información y asesoría eficaz, encontrándose, por tanto, válidamente afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES; y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y bonos

pensionales; quien deberá recibirlos debiendo activar su afiliación; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 12 de febrero de 1960 cotizó al ISS desde el 23 de noviembre de 1981; el 4 de octubre de 1999 se trasladó a PORVENIR S.A., fecha para la que contaba con 39 años de edad; los asesores de dicho fondo le indicaron que con su afiliación podría asegurar una mejor pensión que la del ISS el cual se liquidaría, sin precisarle las características de uno y otro régimen como tampoco las consecuencias de su traslado, ni la posibilidad de retractarse, entre otros aspectos; con ocasión de una simulación pensional su mesada se estimó en la suma de \$737.717, cuando su IBL es de \$3.834.225; y pese a las solicitudes de traslado que elevó a las demandadas en 2017, las mismas le fueron negadas. (Fls 28-36)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica (fls 43-53).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe; prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 88-97).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de noviembre de 2019 el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad del traslado realizado el día 4 de octubre de 1999 por la demandante del RPMPD al RAIS a través PORVENIR S.A; condenó a ese fondo a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieran causado; condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la AFP PORVENIR S.A, con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieran causado; y, se abstuvo de condenar en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

PORVENIR S.A., porque la actora firmó de manera libre, voluntaria y sin presiones el formulario de afiliación, con lo cual no sólo aceptó la escogencia de régimen, declarando allí que los datos son verdaderos, amén de que se trataba de una persona mayor de edad y por tanto con pleno uso de sus facultades, sin que probara la falta de información o el engaño. De otra parte, en el proceso no se acreditó la nulidad de carácter absoluto sino que el vicio en el consentimiento daría lugar a una nulidad relativa la que quedó saneada con la ratificación de su intención de permanecer en el RAIS, ya que mantuvo su afiliación a PORVENIR S.A por más de 20 años.

COLPENSIONES, porque en este caso la escogencia de régimen se dio en debida forma de manera libre y voluntaria, y en consecuencia esa entidad no puede verse afectada, sobre todo cuando la actora no probó haber sido inducida en error y tampoco obra nota de protesta que permita inferir su inconformidad; de igual manera no reúne los requisitos de la sentencia 062/10 para poderse trasladar de régimen en cualquier momento, encontrándose inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD; siendo que en todo caso no se presenta la situación que da lugar a la declaratoria de nulidad y en caso de verificarse no se solicitó dentro del término previsto en la ley, debiéndose tener en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema pensional por cuanto se vería afectado su patrimonio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en la confirmación del fallo de primera instancia porque el fondo no logró acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara y oportuna a la demandante, sin que el formulario pueda considerarse por sí sólo como prueba suficiente. Entre tanto, COLPENSIONES solicitó la revocatoria del fallo indicando que no todos los asuntos referidos a ineficacias de traslado deben decidirse de forma positiva, siendo necesaria la acreditación de un perjuicio claro cierto y determinable, lo que no ocurrió en este caso donde la demandante no demostró vicios en su consentimiento, por lo que declarar la nulidad en su afiliación implicaría la descapitalización del sistema. A su vez, PORVENIR S.A., reitera su solicitud de revocatoria del fallo por cuanto la actora no probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del CC., presumiéndose auténtico el formulario de afiliación, sin que ejerciera su derecho de retracto, además que no puede ordenarse la devolución de sumas distintas al capital y sus rendimientos.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si la permanencia en el RAIS sana la nulidad, **iv)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **vi)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **vii)** si la demanda de nulidad se ve afectada por no haber sido promovida dentro de un término específico. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 99 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima Media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 4 de octubre de 1999 con fecha de efectividad a partir del 1° de diciembre de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 101, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

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

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

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A 4 de octubre de 1999 con fecha de efectividad a partir del 1° de diciembre de ese año se torna nula, ya sea por la

vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS por más de 20 años no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, o de los parámetros fijados en la sentencia SU 062/10, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que permitiría admitir dicho argumento.

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente a la demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por SATURIA RODRIGUEZ BARBOSA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

EN USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105007201800282-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de julio de 2019, por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **FERNANDO GUILLERMO MESA PARRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –, COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS; LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A;** y en lo no apelado a resolver el grado jurisdiccional de consulta en su favor; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA con CC No. 65.701.747 de Espinal -Tolima y T.P. No.123.148 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora DIANA MARÍA VARGAS JEREZ con CC No. 1.090.449.043 de Cúcuta y T.P No.289559 del CSJ en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 604-610 y 615-625. De otra parte, téngase por reasumido el poder del Dr. OSCAR ANDRES BLANCO RIVERA identificado con la CC. No19.090.427 de Bogotá y T. P No. 11289 como apoderado de PORVENIR S.A. (fl 526)

ANTECEDENTES

FERNANDO GUILLERMO PARRA MESA, pretende que previa declaratoria de que COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A Y OLD MUTUAL S.A incumplieron con su obligación de suministrarle información veraz, completa y coherente al momento de la suscripción del formulario de afiliación a cada una de ellas y, en consecuencia es nula, encontrándose válidamente afiliado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, y manteniendo el beneficio de la transición; que se condene a COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A a registrar en su sistema de información que los traslados realizados en el año 1994, 2002 y 2005 estuvieron viciados de nulidad por error de hecho, así como también al reconocimiento y pago de los perjuicios causados por la omisión de dicha información; condenando a OLD MUTUAL S.A a transferir el total de dinero ahorrado en la cuenta personal el cual deberá ser transformado a semanas junto con sus rendimientos; se condene a COLPENSIONES a efectuar la correspondiente activación de afiliación al RPMPD; además del reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de vejez calculado desde la fecha en que consolidó su derecho a la pensión hasta la fecha en que se realice el pago efectivo de la misma; se condene a las demandadas a reconocer los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales y al pago de las costas que se generen en el proceso; lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, narró, en síntesis, que nació el día 5 de diciembre de 1951; en enero de 1977 se afilió al ISS; para el 31 de mayo de 1994 había cotizado un aproximado de 591.76 semanas; es beneficiario del régimen de transición; el 5 de mayo de 1994 asesores comerciales de COLFONDOS S.A visitaron las instalaciones de su empleadora y ese mismo día se afilió a dicho Fondo; el traslado surtió efectos a partir del 1° de junio de 1994; COLFONDOS S.A lo indujo en error ante la ausencia de información clara, objetiva, veraz y suficiente, ya que no le informó sobre la condición que ostentaba en el momento de la afiliación, ni las consecuencias negativas que conlleva ese traslado, tampoco le realizó proyecciones sobre su pensión, ni le mencionó el derecho de retracto, entre otros aspectos, mencionándole únicamente que el ISS se iba acabar, se podría pensionar de manera anticipada y la posibilidad de retirar el monto de los dineros cotizados en cualquier tiempo; el 1° de junio de 2002 se trasladó a PORVENIR S.A, quien tampoco lo asesoró sobre cuál sería el escenario más conveniente para él ni se le presentó una proyección aproximada de la pensión, tampoco sobre la posibilidad de retornar al RPMPD antes de cumplir los 50 años de edad; el 1° de abril de 2005 se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A. quien al igual que los anteriores Fondos no le realizó una adecuada asesoría; sus solicitudes a las demandadas de nulidad del traslado le han sido negadas; OLD MUTUAL S.A le entregó una proyección de la mesada pensional estimada en retiro programado por valor de \$3.247.124, cuando su ingreso

base promedio equivale a \$6.468.551; con lo cual considera que se le han generado perjuicios tanto económicos como morales al no habersele informado de manera clara sobre este régimen y lleva cotizando más de 32 años sobre unas bases salariales de 6 y 7 millones de pesos mensuales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma, en término, las demandadas dieron contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad, historia laboral, afiliación a cada una de ellas, su salario base de cotización y las solicitudes elevadas a COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL S.A y COLPENSIONES con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó 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 (fls 169-191).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a su cargo, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica (fls 217-237).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones que denominó como prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y prescripción de la acción de nulidad (fls 273-317)

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, planteó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generan nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica (fls 431-460 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de julio de 2019 el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación y traslado del RPMPD al RAIS realizado por el fondo COLFONDOS S.A el 23 de marzo de 1995 y, consecuentemente, las posteriores afiliaciones del demandante en PORVENIR S.A contenida en formulario No 10099372 de fecha 20 de

mayo de 2002 y en SKANDIA contenida en formulario No. 302083 del 21 de febrero de 2005; ordenar a OLD MUTUAL S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular el demandante dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD; ordenar a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al RPMPD al demandante desde su afiliación primigenia de fecha 3 de enero de 1977 al ISS; declarar que el señor FERNANDO GUILLERMO MESA PARRA cumple las condiciones del art. 36 de la ley 100 de 1993 y del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990, para acceder a la pensión de vejez, a partir del 1° de diciembre de 2017, teniendo como primera mesada pensional la suma de \$6.426.071,26; condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante el retroactivo de las mesadas pensionales causadas entre el 1 de diciembre de 2017 en adelante, suma que al 30 de junio de 2019 equivale a \$144.931.822,99 debidamente indexado; y a partir del 1° de julio de 2019 deberá incrementarse año a año según la equivalente a \$6.901.604,52, suma que deberá incrementarse año a año según la variación porcentual del índice de precios al consumidor certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior o en forma que el Gobierno Nacional establezca para ello; absolver a COLPENSIONES de las restantes pretensiones incoadas en su contra; declarar no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES, PORVENIR S.A, OLDMUTUAL S.A y COLFONDOS S.A; condenar en costas a los fondos demandados y a favor del señor demandante, fijando como agencias en derecho la suma de 2 SMMLV al momento del pago a cargo de cada uno de los fondos.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque en su integridad, pues es clara la norma al establecer en el literal B del art. 13 de la ley 100 que la selección del régimen pensional deseado se hace de manera libre y voluntaria por parte del afiliado como aquí aconteció sin que probara el demandante ningún vicio que afectara dicho acto como son el error, la fuerza y el dolo, los cuales deben ser demostrados por las partes que los alegan, sin que de manera alguna pueda trasladarse a la entidad la carga de demostrar que no actuó con dolo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 167 del Código General del Proceso pues las partes tiene que probar los supuestos fácticos en que se fundamentan sus alegaciones; además que el demandante no es beneficiario del régimen de transición pues no cumple con los dos requisitos de ley ya que al 1° de abril de 1994 contaba con 42 años de edad no así con los 15 años de servicio, encontrándose incurso en la prohibición de retornar al RPMPD dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para tener derecho a la pensión de vejez, esto para evitar la descapitalización del fondo común del sistema financiero.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insiste en que se revoque la sentencia de primera instancia ante la prohibición legal del demandante para retornar al RPMPD por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, precisando que no probó ningún vicio en el consentimiento respecto de la información a él brindada al momento de su afiliación siendo válida y, en todo caso se saneó por los distintos traslados que realizó entre fondos, generando la nulidad una descapitalización del sistema financiero. A su vez, PORVENIR S.A petitionó la confirmación de la sentencia porque el traslado de régimen del promotor de esta actuación se realizó inicialmente con COLFONDOS S.A y cuando se trasladó a ese fondo ya le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, habiendo trasladado los recursos a OLD MUTUAL S.A que es el fondo al que actualmente se encuentra afiliado. Entre tanto, la parte actora solicitó la confirmación en su totalidad del fallo porque los fondos no cumplieron con su deber de información, siendo el demandante beneficiario del régimen de transición.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si es presupuesto para la declaratoria de la nulidad contar con una expectativa legítima de pensión, **iv)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, y **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS). Y en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES se analizará si había lugar o no a disponer el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al actor a cargo de COLPENSIONES aun cuando es con esta providencia que se ordena su traslado al RPMPD.

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

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

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

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

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

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

derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

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

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

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

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

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

a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 546 obra copia del formulario de afiliación a COLFONDOS S.A diligenciado el 5 de mayo de 1994 y con fecha de efectividad 1º de junio del mismo año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 240).

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba

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

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios

pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A diligenciado el 5 de mayo de 1994, con fecha de efectividad del 1° de junio de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

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

Como quiera que el A quo, con ocasión a la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, accedió al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor FERNANDO GUILLERMO MESA PARRA a cargo de COLPENSIONES, procede la sala a revisar en grado jurisdiccional de consulta si dicha orden se encuentra ajustada a derecho.

Al respecto habrá de revocarse la referida condena en la medida que si bien es cierto por virtud de la declaratoria de nulidad del traslado del régimen de prima media al RAIS, la entidad responsable de asumir los riesgos de IVM del la actor es COLPENSIONES, también lo es que el pago de la pensión de vejez que pueda corresponderle a éste no se puede disponer al interior de esta actuación, pues no cabe duda que dicho pago se encuentra condicionado al traslado efectivo de los dineros que debe realizar el fondo al que actualmente se encuentra afiliado OLD MUTUAL S.A., toda vez que es con sujeción a tales recursos que COLPENSIONES puede proceder a actualizar la historia laboral del afiliado, adelantar los trámites correspondientes ante los eventuales responsables de concurrir a su financiamiento y, determinar el ordenamiento jurídico que regula la

prestación y le resulta más favorable; amén que, disponer el reconocimiento y pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES sin contar aún con los referidos rubros, implicaría, eventualmente, una afectación a su patrimonio al tener que asumir la obligación dineraria de manera inmediata sin la posibilidad de solicitar, frente al lapso de tiempo que puede transcurrir entre el reconocimiento y el recaudo de los valores a trasladar, sumas y conceptos diferentes a las ordenadas en la sentencia.

COSTAS

Atendiendo el resultado de la alzada y el grado jurisdiccional de consulta no se imponen costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los ordinales CUARTO y QUINTO de la sentencia proferida el día 19 de julio de 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor FERNANDO GUILLERMO MESA PARRA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –, COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS; LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A; conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente

EN USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105010201800286-01

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

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

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada PORVENIR S.A y COLPENSIONES apoderada de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 24 de septiembre de 2019 por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JOSÉ RODRIGO CASTRILLON CASALLAS** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional - Santander y T.P. No.221.228 del C. S. de la J, y como apoderada sustituta a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA CC. No. 1.037.639.320 de Envigado y T.P No. 288.820 del CSJ en los términos y para los efectos del poder allegado junto con el escrito de alegatos (fls 226vto - 237). Del mismo modo, se reconoce personería al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS con CC No. 79.985.203 de Btá y T.P. 1115.849 del CSJ., como apoderado de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. (fls 204-219)

ANTECEDENTES

A través del proceso ordinario laboral en referencia, el demandante pretende se declare la nulidad de su afiliación al RAIS a través de la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR. S.A., llevada a cabo el 14 de mayo de 2003 por existir un vicio en el consentimiento y como consecuencia, que se condene a dicho fondo a tramitar de manera inmediata su regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES, junto con los valores de la cuenta de ahorro individual, entidad esta última quien a su vez debe reactivar su afiliación y reconocer y pagar su pensión de vejez en los términos de la ley 100 de 1993 modificada por la ley 797 de 2003; condenando a las demandadas a lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 6 de enero de 1955, cotizó desde el 26 de octubre de 1983 al ISS; a partir de 1 de julio de 2003 se hizo efectivo su traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A; suscribió el formulario de afiliación luego de la charla brindada en las instalaciones de la empresa en la que trabajaba para ese entonces; la asesoría consistió en que su pensión sería más favorable en PORVENIR S. A, podía pensionarse antes de los 62 años, el ISS se iba a acabar y que le sería emitido un bono pensional calculado con su salario base a 30 de junio de 1992; la asesoría fue muy breve (15 a 20 minutos); no se le informaron las desventajas del traslado como la pérdida del régimen de transición, aportes obligatorios mensuales, aportes voluntarios si quería pensionarse antes de los 62 años, etc.; tampoco se le informó las limitaciones del traslado entre regímenes; el 25 de septiembre de 2008 solicitó al ISS su traslado pero le fue negado por edad; a la fecha su IBL es equivalente a 25 SMLMV; en agosto de 2016 solicitó a PORVENIR S.A el cálculo de su pensión la cual se estimó en \$1.622.400 a los 62 años de edad; y las peticiones de nulidad de traslado que efectuó a las demandadas le fueron negadas. (Fls 90-106).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y, la genérica (fls 111-117)

PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 156-162)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de septiembre de 2019, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la nulidad de la vinculación realizada por el demandante el 14 de mayo de 2003 y por ende su vinculación a cualquier otro fondo privado, y en consecuencia, ordenó su regreso automático al RPM administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad; condenó a esta última a recibir y restablecer la afiliación del demandante al RPM sin solución de continuidad; condenó a PORVENIR a entregar a COLPENSIONES todas las sumas recibidas con ocasión de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con todos los rendimientos que se hubieren causado, sin descontar los gastos o cuotas de administración con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en la sentencia; condenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante provenientes del PORVENIR S.A y de la devolución de cuotas y gastos de administración revisar que la devolución se haya realizado en los términos ordenados, y de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral del demandante para efectos de la pensión; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas y agencias en derecho a PORVENIR S.A., en la suma de \$800.000.

RECURSO DE APELACIÓN

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

PORVENIR S.A., porque dentro del proceso se demostró que se le brindó información clara y concreta, pues no de otra manera se puede entender que el actor permaneció afiliado al RAIS desde el año 2003, debiendo valorarse la prueba testimonial y el interrogatorio de parte ya que de los mismos se puede extraer que él sí recibió información, lo cual también se desprende del formulario que suscribió, sin que para ese momento tuviera otra obligación el fondo. Y en cuanto a los gastos de administración no deben ser devueltos porque se deterioraría su patrimonio y se presentaría un enriquecimiento sin justa causa, ya que durante el tiempo de la afiliación se garantizó la cobertura de los riesgos de IVM mediante el pago a las aseguradoras las cuales no fueron llamadas a esta actuación, habiéndose utilizado las cuotas en inversiones que le generaron rendimientos al afiliado que en el RPMPD no hubiera tenido.

COLPENSIONES, en la medida que no comparte el análisis efectuado por el juzgado sobre las pruebas obrantes en el expediente, pues considera que hubo varias inconsistencias entre la declaración del demandante y los testimonios ya que la testigo indicó que la charla duro una hora que no se habló del bono pensional y que la única opción de fondos que se les ofreció fue PORVENIR S.A; mientras que el otro testigo dijo que duro solo 15 minutos, que sí se habló del bono pensional. Así mismo, sostiene que el tema aquí discutido es financiero aunque no esté específico en la demanda no teniendo los fondos la obligación de brindar información sobre cada tipo pensional, toda vez que la forma cómo se calcula la pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia no es una situación suficientemente trascendental para tener acreditado el incumplimiento de los deberes legales porque las pensiones de invalidez y sobrevivencia en ambos regímenes son exactamente iguales (se cumplen los mismos requisitos y se liquidan de la misma manera), de modo que no existe ninguna diferencia o perjuicio, de ahí que cualquier falta de información no pueda catalogarse como causa de nulidad

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A solicitó la revocatoria de la sentencia puesto que no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento ni ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, tampoco la ineficacia del acto jurídico por falta del consentimiento informado, y por el contrario sí brindó información clara y oportuna a la actora; y en el hipotético evento de considerar que el acto no tuvo validez sólo se puede disponer la devolución del capital y los rendimientos más no de los gastos de administración. Entre tanto, la parte actora insistió en la confirmación del fallo como quiera que el fondo de ninguna manera cumplió con el criterio decisional en esta temática avalada por la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ respecto que la carga de la prueba se invierte a cargo de las administradoras, no demostrando que el demandante recibió información suficiente. Finalmente, COLPENSIONES reiteró la improcedencia de la nulidad del traslado solicitado por la parte actora porque el traslado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, no habiéndose demostrado ningún vicio del consentimiento de donde se puede concluir que recibió toda la información necesaria, soportando el demandante la carga de la prueba en contrario.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el interrogatorio de parte rendido por el demandante fue debidamente valorado determinando si confesó haber recibido la información adecuada al momento del traslado e igualmente si lo fueron los testimonios, **iii)** si la permanencia en el RAIS desde el año 2003 sana la nulidad del traslado de régimen, y **iv)** Si PORVENIR S.A está obligada a la devolución de sumas dineros por causa de la afiliación. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 163 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 14 de mayo de 2003 con efectividad a partir del 1° de julio de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 163 vto, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que la información que se le brindó al momento del traslado de régimen no fue clara, completa y veraz, limitándose la misma a que el ISS se iba acabar, que se podía pensionar a cualquier edad, que su pensión sería superior a la reconocida por el ISS y que estaría conformada por el capital ahorrado y el bono pensional, por ello explicó que es ingeniero civil, que la asesora de

PORVENIR S.A fue a la empresa en la que laboraba y en una charla grupal (20 o 30 personas en su mayoría vendedores) les mencionó esa serie de beneficios sin que indagaran o pidieran explicaciones, ni tampoco recibieron información sobre aportes voluntarios, firmando el formulario luego de la charla. En el mismo sentido no se advierte contradicción o falsedad en la narración efectuada por los testigos JORGE ENRIQUE GAMA DIAZ y MARTHA NOVOA, compañeros de trabajo del demandante, ya que en ningún momento la testigo dijo que la charla hubiera durado una hora, sino que lo que precisó es que duró menos de una hora, y que firmaron los formularios porque no había otra alternativa de fondos, -siendo ese el único que informaron fue el que los visitó- y en todo caso no se le indagó acerca del bono pensional como sí se hizo con el demandante y el señor Jorge Gama, siendo por tanto coincidentes los testigos en afirmar que no se les informó sobre rendimientos, aportes voluntarios, posibilidad de retornar al RPMPD, en caso de fallecimiento que pasaría con los dineros, ni se les preguntó si tenían beneficiarios o estaban amparados por el régimen de transición, entre otros aspectos.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para*

dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.” Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 14 de mayo de 2003 con efectividad a partir del 1º de julio de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde el año 2003 no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además

de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

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

COSTAS

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de septiembre de 2019 por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por JOSÉ RODRIGO CASTRILLON CASALLAS en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105004201800411-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 17 de octubre de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ROSALBA GUEVARA SARTA** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con la vinculación de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A** no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. DANNA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. CEIBOLT JULIETH ACUÑA MAYORDOMO como apoderada sustituta en los términos y para los efectos de los poderes conferidos que militan a folios 170-187; y así mismo al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de PORVENIR S.A conforme el poder folios 192 vto a 208.

ANTECEDENTES

ROSALBA GUEVARA SARTA, pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó a PORVENIR S.A., y como consecuencia se ordene a dicho fondo trasladar los correspondientes aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES determinando que es ésta última la única administradora que asumirá los riesgos de invalidez, vejez y muerte; lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 9 de septiembre de 1967; el 13 de marzo de 1987 se vinculó al ISS; actualmente trabaja de manera dependiente y sigue cotizando al Sistema General de Pensiones; en diciembre de 2005 suscribió un formulario con PORVENIR S.A bajo el argumento que era para un seguro pensional; por determinación del área de recursos humanos se le allegó un formulario de PORVENIR S.A indicando que debería imponer su firma como parte de la documentación requerida para seguridad social; ha trabajado como docente por lo que su contrato de trabajo es especial por el periodo académico de acuerdo a la legislación laboral; sin mayor explicación firmó el formulario; los funcionarios de PORVENIR S.A no le brindaron ningún tipo de información sobre el RAIS y al momento de cuestionar sobre la suscripción solo le indicaron que era para su beneficio pues iba a tener jugosas ganancias al trasladarse a un fondo de inversión y podía participar en el sorteo de \$10.000.000 de pesos cada 20 días por el simple hecho de ser afiliado, no obteniendo un conocimiento pleno, informado y debidamente válido; no le explicaron las diferentes modalidades de pensión al interior del ahorro individual o las formas en las que se lleva a cabo la liquidación de la prestación pensional; el formulario fue diligenciado por un tercero sin que le explicara en qué consistía y de que se trataba el RAIS; en 2017 solicitó a PORVENIR S.A que le indicaran los factores y la proyección de la pensión pero se le contestó que en la actualidad no tiene derecho para acceder a la pensión; de haberle informado las condiciones y características del RAIS no hubiera efectuado la suscripción; ha elevado solicitudes de traslado siéndole negadas; en la actualidad su cuenta de ahorros individual presenta un saldo total de \$166.889.537; en el RPMPD la expectativa pensional sería para el año 2017 un promedio de \$2.400.000; mientras que en el RAIS es de un SMLMV.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación a cada una de ellas, su historial laboral y la solicitud de nulidad junto con su respuesta.

COLPENSIONES propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, buena fe, prescripción, compensación y la genérica (fls 50-57)

PORVENIR S.A propuso las excepciones que denominó como, prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas,

buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 81-90 vto.)

PROTECCIÓN S.A: propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la genérica. (Fls 122-139 vto.)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de octubre de 2019, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS que en su caso administra PORVENIR S.A, para tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con los correspondientes rendimientos, gastos de administración y bonos pensionales a que haya lugar; ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al régimen de Prima Media con Prestación definida; y, condenó en costas a PORVENIR S.A fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad, para en su lugar acceder a las pretensiones, en tanto difiere del análisis realizado por el A quo, ya que no se le pueden imponer cargas a ese fondo cuando no tuvo injerencia en dicho traslado de régimen pensional, pues tal y como lo aceptó en el interrogatorio de parte, siendo deber de ella acercarse al fondo de pensiones a averiguar sobre su mesada pensional y las implicaciones del traslado si no conocía ni tenía claras las circunstancias; además que no solamente se afilió con PORVENIR S.A sino también con otros dos fondos, tiempo durante el cual pudo haber recibido toda la información con respecto al manejo de la cuenta de ahorro individual; y en cuanto a la orden de devolver los gastos de administración a COLPENSIONES, no debió disponerse porque se estaría causando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, toda vez que de haber permanecido en dicho ente no hubiera recibido unos rendimientos de tal magnitud; lo cual también se predica de las agencias en derecho teniendo en cuenta que actuó de buena fe y con rectitud de acuerdo con las normas previstas en la ley 100 de 1993, por lo que solicita que de igual forma sean revocadas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia en el entendido de que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al haber suscrito de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación, habiendo desatendido su deber de informarse como consumidor financiero, adicional a que se encuentra inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, sin que las AFP tuvieran la obligación de registrar en soportes la información brindada. Entre tanto, PORVENIR S.A., insistió en su absolución como quiera que la actora no probo ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del CC., presumiéndose auténtico el formulario de afiliación, sin que ejerciera su derecho de retracto, además que no puede ordenarse la devolución de sumas distintas al capital y sus rendimientos. No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el traslado entre fondos sanea la nulidad del traslado de régimen, **iii)** si PORVENIR S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación, y **iv)** si para la imposición de costas y la fijación de agencias en derecho a cargo de PORVENIR S.A debía tenerse en cuenta si actuó o no de buena fe. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 92 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 11 de enero de 2000 con fecha de efectividad del 1 de marzo de ese año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante donde, lo que manifestó es que se encontraba afiliada al ISS, que fueron a la empresa donde trabajaba unos asesores de las entidades de los fondos para hacer las afiliaciones correspondientes y le hicieron firmar los formularios a casi todos pero no sabían si era para la caja de compensación o cesantías, diciéndoles la empresa que debían quedar bajo la misma modalidad por gestión administrativa para no incurrir en tanto trámite, y por eso fue que lo firmó, no obstante, hace dos años se acercó al fondo para averiguar sobre una inconsistencia en sus cotizaciones y fue cuando le contaron cómo quedaría su pensión, informando que no recuerda haberse afiliado a PROTECCIÓN S.A ni a PORVENIR S.A por segunda vez.

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 11 de enero de 2000 con efectividad a partir del 1 de marzo de 2000 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando los distintos traslados entre fondos no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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

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

de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

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

(...)

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

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

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

(...)

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

Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

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

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

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

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

(...)

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

DE LA CONDENA EN COSTAS - AGENCIAS EN DERECHO

Sea lo primero recordar que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP¹.

¹ “ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en

Aclarado lo anterior, atinente a la solicitud de revocatoria de las agencias en derecho impuestas a PORVENIR S.A no está llamada a ser atendida favorablemente si se tiene en cuenta que para efectos de su fijación no interesa la buena o mala fe con la que actuó la parte al momento de la celebración del contrato de afiliación al Fondo, o durante la permanencia, sino que las mismas se establecen conforme a la tarifas que son señaladas por el Consejo Superior de la Judicatura dentro de unos límites en los que puede moverse el Juez considerando para ello la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada, las que para el caso del proceso ordinario laboral oscilan, en obligaciones de hacer a favor del trabajador o afiliado hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes (Decreto 1887/03); de ahí que la suma de \$3.180.000 pesos impuesta se encuentre dentro de los parámetros antes señalados, ya que no superó los 4 SMMLV para el año 2019.

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 17 de octubre de 2019 por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ROSALBA GUEVARA SARTA en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. FIJENSE como agencias en derecho la suma de \$908.526 en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman.

que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente

USO DE PERMISO

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105030201800501-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR S.A y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MAURICIO DOMÍNGUEZ ECHEVERRI** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES en los términos y para los efectos de los poderes a ellas otorgados obrantes a folios 134 vto-145; así como también se reconoce personería para actuar como apoderado de PORVENIR S.A., al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ en los términos de la escritura pública obrante de folios 150 a 166.

ANTECEDENTES

MAURICIO DOMÍNGUEZ ECHEVERRI, pretende que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A al no haberle proporcionado información completa y comprensible acerca del mismo incurriendo en omisión sobre los riesgos que debía asumir y las desventajas debiendo, por tanto, estar afiliado al RPM; y como consecuencia de tales declaratorias, se condene a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES los aportes cotizados, entidad esta última quien deberá aceptar dichos

aportes y registrarlo como su afiliado sin solución de continuidad desde el 24 de febrero de 1981; lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que se afilió al ISS el día 24 de febrero de 1981; aportó para el Sistema General de Pensiones de 878 semanas; se encontraba afiliado al ISS el día 1° de abril de 1994; se afilió a PORVENIR S.A., el 20 de enero de 1998, sin que se le realizara un análisis claro comparativo en ese momento, induciéndolo al error y omitiendo nuevamente información relevante; no se le elaboró una proyección que permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada, que se le indicó que no se podía pensionar pues el ISS se iba acabar, diciéndole que se pensionaría a cualquier edad sin explicarle la afectación que aquello tendría sobre su mesada y bono pensional; cumplió los 52 años de edad el 14 de febrero de 2010; en octubre de 2008 y junio de 2009 le fueron dados los análisis comparativos los cuales proyectaban unas cifras que no eran claras respecto al valor; actualmente cuenta con más de 1.918 semanas cotizadas; y, el 28 de mayo de 2018 elevó solicitud de nulidad que le fue negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la expedición y vigencia de la ley 100 de 1993, la fecha de nacimiento, las proyecciones sobre el valor de la mesada pensional, la afiliación a cada una de ellas y las solicitudes de nulidad elevadas con sus respectivas respuestas.

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica (fls 63-71)

PORVENIR S.A propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 84-91 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de octubre de 2019, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante del extinto ISS a PORVENIR S.A mediante la suscripción del formulario No 989648 de fecha 20 de enero de 1998, con efectividad el 1° de marzo del mismo año; declaró válidamente vinculado al actor al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta

de ahorro individual, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, estos últimos del patrimonio del Fondo de pensiones debidamente indexados, durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, es decir, desde el 1° de marzo de 1998 y hasta el momento en que el traslado se cumpla; ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPMPD; declaró no probadas las excepciones planteadas por las demandadas; condenó en costas de esa instancia a PORVENIR S.A a favor del demandante, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.180.000 pesos.

RECURSO DE APELACIÓN

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

COLPENSIONES: en primer lugar por considerar que, el traslado que realizó el demandante a PORVENIR S.A se cumplió con todos los requisitos legales, respetando COLPENSIONES la facultad que le ha dado la ley 100 de 1993 a los afiliados de libre escogencia de régimen pensional, no configurándose los presupuestos de hecho y de derecho para que se declare la ineficacia del traslado pues se hizo con el lleno de los requisitos legales para el momento de dicha afiliación habiéndose ratificado por parte del actor en su interrogatorio de parte el correcto diligenciamiento del formulario de afiliación en el año de 1998; además que no se tuvo en cuenta la re-asesoría que le brindó el fondo, situación que también fue corroborada en el interrogatorio de parte, pudiéndose constatar que efectivamente se le dio toda la información clara y oportuna para que retornara al RPMPD y no lo hizo, por lo que no resulta viable que el demandante haya esperado a estar inmerso en la prohibición que trata la ley 797 del año 2003 para poder retornar al RPM administrado por COLPENSIONES cuando PORVENIR S.A le manifestó de manera clara y le indicó la fecha límite que tenía para retornar al RPM, al punto de que se le realizó una simulación acerca de su posible mesada pensional estableciéndose que le era más favorable en COLPENSIONES pretendiendo retornar ahora cuando ya se encuentra a menos de dos años de recibir su pensión, retorno al RPMPD que así visto iría en detrimento del Sistema Pensional atentando contra la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES.

PORVENIR S.A: en la medida que no se le dio relevancia a las pruebas aportadas al proceso relacionada con la información que ese fondo le brindó al actor de manera clara, veraz, oportuna y suficiente al momento del traslado, quien por demás no es beneficiario del régimen de transición

por lo que no existe beneficio alguno que estuviera perdiendo, debiéndose tener en cuenta la prohibición de retornar al RPMPD y las pruebas allegadas al proceso incluyendo el interrogatorio, sin que haya lugar a la condena de la devolución de los gastos de administración debidamente indexados y costas, por cuanto los gastos se generan o se deducen de la cuenta del afiliado para generar unos rendimientos los cuales se le han abonado.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia en el entendido de que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al haber suscrito de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, no habiendo demostrado ningún vicio en el consentimiento que diera lugar a la nulidad, sin que la carga dinámica de la prueba pueda ser aplicada de forma genérica. Por su parte PORVENIR S.A., solicitó la revocatoria de la sentencia ya que la actora no probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del CC., presumiéndose auténtico el formulario de afiliación, sin que ejerciera su derecho de retracto, además que no puede ordenarse la devolución de sumas distintas al capital y sus rendimientos.

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

CONSIDERACIONES

La Sala analizará **i)** si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba; **ii)** si es presupuesto para declarar la nulidad ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa legítima de pensión; **iii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iiii)** si la reasesoría brindada con posterioridad al traslado y las proyecciones pensionales realizadas sanea la nulidad del traslado de régimen, **v)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **vi)** si PORVENIR S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación, debidamente indexados; **vii)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **viii)** si era procedente la imposición de la condena en costas al fondo. Lo anterior en virtud del principio de

limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 102 obra la solicitud de vinculación y traslado del ISS a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 20

de enero de 1998 con fecha de efectividad del 1 de marzo de 1998, lo cual también lo acredita con el certificado expedido por ASOFONDOS a folio 93, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente se recibió el interrogatorio de parte del demandante, quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, contrario a lo afirmado por la censura, lo que narró es que se afilió a principios de 1998 de enero, el asesor de PORVENIR S.A le explicó cómo diligenciar el formulario y que la afiliación era lo más conveniente para él porque era incierto lo que podía pasar con ISS, asesoría que duró como 5 o 10 minutos, sin que solicitara a los asesores información adicional a la suministrada, esto es, que se podría jubilar antes de cumplir la edad y su mesada pensional iba a ser similar al ISS, razones por las que no solicitó proyección pensional ya que le parecía suficiente lo que le decía el asesor; y si bien es cierto aceptó que PORVENIR S.A antes de cumplir los 52 años le realizó proyecciones de cómo sería su mesada pensional en ambos regímenes lo que observó es que era similar el valor y no se trasladó por esa razón, pero luego busco asesoría particular y había una diferencia abismal entre su mesada pensional en RPM y en RAIS.

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo

con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó en su momento ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 20 de enero de 1998, con fecha de efectividad del 1º de marzo de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación en el que se encuentran preimpresas manifestaciones como “*la afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otras leyendas similares resulte suficiente para dar por demostrado el deber de información, sino que a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no *informado* (SL 19447-2017).

En cuanto a la reasesoría pensional que se le proporcionó al demandante no genera la consecuencia de validar la afiliación, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que “*... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información*”.

De otra parte, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura en sus alegaciones la imposibilidad de la demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003

Ahora, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará la decisión del A quo, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de

administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

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

(...)

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

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

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

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de

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

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

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

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

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

(...)

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

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados.

Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

DE LA CONDENA EN COSTAS

Habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP¹, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad PORVENIR S.A no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releve de su pago, dado que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 22 de octubre de 2019 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MAURICIO DOMÍNGUEZ ECHEVERRI en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho la suma de \$908.526., en favor del actor. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



~~LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ~~
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105031201800527-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta (30) de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

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

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 20 de febrero de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **BLEDY YANEDTH ARIAS GALINDO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta y a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ como apoderada principal en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 160 vto -171.

ANTECEDENTES

BLEDY YANEDTH ARIAS GALINDO, pretende que se declare la nulidad de su traslado de régimen que realizó el día 1º de septiembre 1999 al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., por la indebida y nula información que suministró el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen pensional, lo anterior conforme la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral; y en consecuencia, se ordene a las demandadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes

encaminadas a anular el traslado de régimen; así como a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta individual, reconociéndola como su afiliada y a actualizar la historia laboral, declarando que para todos los efectos la única afiliación válida fue la efectuada el 27 de abril de 1992 al ISS; lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 7 de marzo de 1968, se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 27 de abril de 1992 cotizando un total de 372 semanas; el 1° de septiembre de 1999, encontrándose vinculada laboralmente con el empleador DISTRIBUCIONES INDUSTRIALES LTDA., se trasladó del RPMPD al RAIS mediante afiliación a PROTECCIÓN S.A, decisión libre que no estuvo precedida de la suficiente información; la anulación del traslado del régimen es viable conforme los pronunciamientos efectuados por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral por la indebida información que le suministró el fondo privado para convencerla de que se trasladara de régimen pensional; desde el 1° de septiembre de 1999 hasta el 31 de agosto de 2018 ha cotizado un total de 972 semanas a PROTECCIÓN S.A; para un total cotizado al Sistema General de Pensiones a 31 de agosto de 2018 de 1344 semanas; PROTECCIÓN S.A le informó que su pensión de vejez en el RAIS sería de \$781.242 para el año 2025 fecha en que cumpliría 57 años de edad; conforme a la historia laboral expedida por PROTECCIÓN S.A tiene un ingreso base de liquidación para el año 2018 de \$3.316.458, suma que aplicando una tasa de reemplazo de 63,37 % arroja una mesada pensional en COLPENSIONES de \$2.101.639; y elevó derecho de petición a PROTECCIÓN S.A y a COLPENSIONES solicitando la nulidad de traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los Actos Administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones (fls 79-84)

PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la genérica (fls 95-105 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de febrero de 2019, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, condenándola en costas y agencias en derecho en cuantía de medio SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad, para en su lugar acceder a las pretensiones, pues PROTECCIÓN S.A no le suministró la debida información de manera clara y precisa a la demandante en el momento del traslado ni durante el tiempo que estuvo vinculada, siendo obligación de las Administradoras de Fondo de Pensiones mostrar las diferencias que existen entre un régimen y otro; es así como no obra prueba alguna en el plenario que acredite lo anteriormente mencionado, además, a la demandante no se le informó sobre cuáles eran los requisitos para obtener la pensión de vejez ni en el RAIS ni en el RPMPD, como tampoco sabía que en el RAIS se le iba a cobrar una cuota de administración por el manejo de su pensión, datos que no obran en el formulario de vinculación ni la posibilidad de que antes del 7 de marzo de 2015 podría trasladarse sin ningún problema de régimen, con lo que quedó demostrada la mala fe del fondo privado, sin que tenga incidencia para efectos de la declaratoria de nulidad del traslado si es o no beneficiaria del régimen de transición y menos aún el hecho de recibir los extractos, debiéndose tener en cuenta los fallos proferidos por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Laboral de Bogotá en casos similares como este,

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A solicitaron que se confirme la sentencia de primera instancia pues todas las actuaciones han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, precisando que todas las personas afiliadas a los fondos administrados por esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria, además la demandante tuvo varias oportunidades en las que pudo regresar al Régimen de Prima Media sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para hacerlo, y en todo caso el conocimiento sobre los productos que adquiere un consumidor financiero es una responsabilidad compartida entre las entidades financieras y sus consumidores, quedando a cargo de éstos últimos un deber de consulta, verificación, investigación y revisión de lo que está contratando, como lo es la vinculación a un fondo de pensión obligatoria; y en cuanto a la devolución de los gastos de

administración, tal comisión se encuentra autorizada por la Ley (Art 20 de la ley 100 de 1993), y es un porcentaje que se descuenta para financiar lo que es el seguro previsional en la compañía de seguros, por lo que ordenar que se trasladen constituiría un enriquecimiento sin causa para la demandante. Insistieron que no observo ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido toda la información necesaria sin que sea válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones, considerando que la declaratoria de la ineficacia del traslado afectaría la sostenibilidad financiera del RPMPD. Por otra parte, el apoderado del demandante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia pues no existe prueba de haberse dado una asesoría adecuada al no suministrar el fondo inicial la información que requería la demandante y desconocerse la jurisprudencia sobre el tema, además que quien tiene la carga de la prueba es PROTECCIÓN S.A.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste**

que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones. Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

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

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

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

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

“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de

la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 106 obra la solicitud de vinculación y traslado del ISS al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 13 de julio de 1999 con fecha de efectividad del 1 de septiembre de 1999, lo cual también lo acredita con el certificado expedido por ASOFONDOS que reposa a folio 109, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien aceptó haber firmado el formulario de afiliación y traslado a PROTECCIÓN, no haber solicitado a los asesores información adicional a la por ellos suministrada la cual se contrajo a que el ISS se iba a acabar, que iba a tener más rendimientos en PROTECCIÓN S.A., y que se podría pensionar a cualquier edad.

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

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PROTECCIÓN S.A el 13 de julio de 1999 con efectividad a partir del 1º de septiembre de 1999 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, como así se declarará.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 20 de febrero de 2019 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por BLEDY YANEDTH ARIAS GALINDO en contra de

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante BLEDY YANEDTH ARIAS GALINDO a PROTECCIÓN S.A, el 13 de julio de 1999 con efectividad de 1° de septiembre de 1999, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

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

QUINTA: CONDENAR en COSTAS de ambas instancias al Fondo demandado. fijense en esta instancia como agencias en derecho la suma de \$908.526.ºº en favor de la parte demandante. Las de primera instancia tásense por la A quo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado

USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105022201700617-01

En Bogotá D.C., treinta (30) de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 18 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SARA PATRICIA SANDOVAL D ALEMAN** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderado sustituto al Dr. NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a folios 193 y 197-206.

ANTECEDENTES

SARA PATRICIA SANDOVAL D ALEMAN, pretende que se declare la existencia de un vicio del consentimiento en la afiliación al RAIS con HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., por falta de información junto con el acta o formulario de la afiliación al RAIS, por lo que continua afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES; y en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A., fondo al que actualmente se encuentra vinculada, que

realice la devolución de los aportes a COLPENSIONES; lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 16 de febrero de 1968; estuvo afiliada al ISS desde el 20 de octubre de 1989 hasta 30 de septiembre de 1999; en septiembre de 1999 se encontraba trabajando en AUTOMOTRIZ INTERAMERICANA cuando fue visitada por los asesores del fondo de manera grupal en varias ocasiones hasta que se realizó el traslado masivo de los empleados de la empresa; su traslado lo realizó por intermedio de la oficina de Gestión Humana; se trasladó al RAIS a través del Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A en el mes de octubre de 1999; la afiliación la realizó el promotor de ventas de HORIZONTE S.A con la colaboración de la empresa induciéndola a realizar el traslado de régimen con la promesa de que en el RAIS su pensión sería superior al del RPMPD sin indicarle la manera de cómo se liquidaba la pensión, los requisitos que debía cumplir en un fondo privado, las ventajas y desventajas del traslado e información técnica y financiera, entre otros; ha elevado solicitudes de nulidad de afiliación las cuales le han sido negadas; el 9 de junio de 2017 solicitó ante PROTECCION S.A una simulación pensional en donde muestra que para el año del cumplimiento de la edad si continúa cotizando el 100% su mesada pensional sería de \$2.662.982 mientras que en el RPMPD sería de \$7.072.199.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento, su historia laboral, afiliación a cada una de ellas, las proyecciones a su mesada pensional realizada por PROTECCIÓN S.A y las solicitudes de nulidad.

COLPENSIONES propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 85-101)

PORVENIR S.A propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales 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. (fls 122-129 vto)

PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones que denominó declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A, prescripción y la genérica (fls 149-153 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS incluidos los traslados realizados en el mismo régimen; ordenar a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia laboral de la demandante; ordenar a PORVENIR S.A a remitir a COLPENSIONES los dineros recaudados por gastos de administración; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenar en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 para cada una de ellas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las partes demandadas interpusieron recursos de apelación así:

PROTECCIÓN S.A: Interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque de manera parcial el fallo proferido en primera instancia, particularmente el ordinal segundo que dispuso devolver los gastos de administración, pues considera que el fondo realizó una buena gestión administrado los dineros que la demandante depositó en su cuenta de ahorro individual, actuando con la mayor diligencia y cuidado, viéndose reflejada en los buenos rendimientos financieros que se han generado, además, a la luz del artículo 1746 del Código Civil si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior en estricto sentido se debe tenerse en cuenta que el contrato de afiliación nunca existió y, por ende, PROTECCIÓN S.A nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, por lo que aunque se declare la nulidad de la afiliación no se puede desconocer que el bien administrado produjo unas mejoras que en este caso serían los rendimientos producto de la buena gestión y la mejora de la AFP es la comisión de la administración; y de no ser así tendría que darse la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieran dado o recibido, debiendo el afiliado devolver los rendimientos de cuenta a la AFP y esta última la comisión de la administración al afiliado.

PORVENIR S.A., pretende la revocatoria total de la sentencia en la medida que según la sentencia SL 1452 de 2019 el deber de información ha sido de carácter progresivo no pudiéndose hablar por tanto de las exigencias que tienen las administradoras hoy en día con las que acaecían en el año 1994, momento en que realizó el traslado de fondo la actora, es decir que para ese entonces no existía la obligación de dejar documentada la información suministrada al afiliado, ni realizar doble asesoría o proyecciones y simulaciones pensionales, acreditándose simplemente la información con la suscripción del formulario de vinculación, el cual la demandante suscribió de manera libre y voluntaria en dos ocasiones con el cumplimiento de todos los requisitos que la ley exige; así mismo, estima que el interrogatorio de parte rendido por la actora fue contradictorio con su demanda pues pese a que en esta última aceptó haber recibido tres visitas del promotor de PORVENIR S.A quien le señaló una serie de características y que las mismas no se habían cumplido en el interrogatorio dijo que no recibió ninguna asesoría, situación que sí es relevante porque la asesoría fue verbal; y en relación con la devolución de gastos, precisa que además de no haber sido objeto de la fijación del litigio, se encuentra permitido dicho descuento en la ley 100 de 1993, por ello, si la naturaleza del acto es retrotraer el mismo se estaría generando un enriquecimiento sin causa a la demandante al hacer esa devolución de gastos que solamente fue beneficiaria en el RAIS.

COLPENSIONES, para que se revoque en su integridad el fallo proferido ya que el hecho generador de la falta del deber de información nunca existió porque en el interrogatorio de parte se puede concluir que la demandante suscribió el formulario sin que ningún asesor de la AFP privada la visitara sino que simplemente ella lo hizo de manera libre y voluntaria, es decir que el hecho generador nunca existió porque ningún asesor comercial la visitó.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la sentencia de carácter absolutorio teniendo en cuenta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para retornar al RPMPD, y en todo caso su traslado al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria como consta en el formulario de afiliación y no hizo uso de su derecho de retracto, no habiendo probado ningún vicio en el consentimiento, debiendo en caso de declararse la nulidad condicionar la actualización de la historia laboral hasta tanto no reciba los dineros de la AFP.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la ausencia de los vicios del consentimiento frente a la información brindada, **ii)** si el diligenciamiento del formulario de vinculación sana la nulidad del traslado, y **iii)** si los fondos PORVENIR S.A y PROTECCIÓN están obligados a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación a ellos realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (Art 66A del CPT y SS).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 132 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 11 de abril de 1994 con fecha de efectividad del 1º de mayo de ese mismo año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante, quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, contrario a lo afirmado por la censura, narró que trabajaba para Torres Nieto Compañía Ltda donde era auditora, decidió trasladarse porque sus compañeros de trabajo comenzaron a afiliarse al RAIS pero no tenía conocimiento de cómo funcionaba y pues aparentemente el ISS se iba acabar, sintiéndose por tanto engañada porque paga una cuota de

administración al fondo quien tenía la obligación de informarle que era lo más conveniente para ella, pero no lo hizo así, además que la empresa donde estaba trabajando luego la hizo cambiar de fondo porque las cesantías y la pensión tenía que manejarse en un solo sitio; y si bien aceptó que diligenció y firmó el formulario de vinculación fue enfatiza en precisar que nunca tuvo una asesoría de ninguno de los fondos privados a los que se afilió, sin que sepa lo que significa el derecho de retracto.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PORVENIR S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al momento de la afiliación era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora SARA PATRICIA SANDOVAL D ALEMAN asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí; evidenciándose muy por el contrario que limitó su asesoría a exponer únicamente los beneficios de trasladarse al RAIS; debiéndose entonces concluir en punto a la valoración del interrogatorio de parte, que en oposición a lo señalado por la censura, no se advierte contradicción en su dicho, de ahí que dicho medio probatorio no brinde certeza sobre el cumplimiento del deber por PORVENIR S.A de haber brindado una información clara y completa a la promotora de esta actuación al momento de su traslado de régimen y menos aún que la absolvente hubiera faltado a la verdad en sus respuestas. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se

aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 11 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1° de mayo de esa anualidad se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación en el que se encuentran impresas manifestaciones como la “*afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otras leyendas similares resulte suficiente para dar por demostrado el deber de información, sino que a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no *informado* (SL 19447-2017).

En la misma orientación, frente a los reparos que eleva PROTECCIÓN S.A respecto a los presuntos yerros cometidos en primera instancia al declarar como una consecuencia de la ineficacia del traslado la devolución de los gastos de administración, cuestionamiento que también realiza PORVENIR S.A., basta sostener que ninguna razón les asiste en su reproche, ya que tal restitución se encuentra ajustada a derecho.

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

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

Al tema oportuno resulta citar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas

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

suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

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

(...)

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

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

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

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión

mínima, para quienes devengarán entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-

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

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

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

(...)

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

Entonces, la condena por la devolución de gastos de administración, ha de confirmarse.

Costas en las instancias a cargo de las demandadas recurrentes atendiendo el resultado desfavorable de sus recursos.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 18 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por SARA PATRICIA SANDOVAL D ALEMAN en contra de la COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN S.A. Fijese como agencias en derecho la suma de \$908.526.ºº a cargo de cada una de ellas y en favor de la actora. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad.110013105020201800621 -01

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

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 28 de agosto de 2019 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **MARIA LUCIA BARRETO GAMA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA identificada con la C.C No. 65.701.747 del Espinal- Tolima y T.P No. 123.148del CSJ, y a la doctora MONICA ESPERANZA TASCO MUÑOZ con CC No. 1.018.451.024 de Bogotá y T.P No. 302.509 del CSJ como apoderada sustituta en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 128-131 y 135-150.

ANTECEDENTES

MARIA LUCIA BARRETO GAMA, pretende que previa declaratoria de la nulidad de su afiliación al RAIS con la Sociedad Administradora de Fondo

de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., se condene a dicho fondo a trasladar los aportes realizados con sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES, entidad esta última quien a su vez deberá reconocerle y cancelarle la pensión de vejez a la luz del régimen al que pertenecía al momento de la afiliación, o el que le resulte más favorable, ello en virtud del régimen de transición, junto con sus respectivos rendimientos, las mesadas causadas y futuras desde la fecha que cumplió con los requisitos exigidos para adquirir el derecho a su pensión; además incluirla en la nómina de pensionados; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 18 de noviembre de 1954 actualmente cuenta con 63 años de edad; se afilió al RPMPD administrado por el ISS el 2 de abril de 1986; se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A el 25 de octubre de 1999; el empleador de la época facilitó la presencia de asesores del fondo privado para coaccionar y entregar información incompleta para así lograr el traslado de régimen de los empleados; en la asesoría no se le entregó un estudio financiero que le permitiera tener las herramientas necesarias para tomar una decisión debidamente informada; cuando entró en vigencia la ley 100 de 1993 tenía 40 años de edad por lo que es beneficiaria del régimen de transición; ha cotizado más de 1000 semanas a COLPENSIONES y cuenta con un total de 1642 semanas cotizadas, de ahí que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, inexistencia del derecho al reconocimiento de una pensión de vejez, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica (fls 37-50).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica. (fls 75-92)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de agosto de 2019 el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. realizado el 25 de octubre de 1999; declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES; ordenó a PROTECCIÓN S.A devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES; declaró que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir de la fecha de retiro efectivo del sistema de seguridad social en pensiones en los términos del acuerdo 049 de 1990, pensión que será reconocida en 13 mensualidades al año con una tasa de reemplazo del 90%, la cual deberá tener en cuenta para el cálculo del IBL, el promedio de los últimos 10 años de cotización o toda la vida laboral si fuere superior; declaró no probada la excepción de prescripción y las demás excepciones propuestas; condenó en costas a las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A a favor de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia porque la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS, voluntad que se vio ratificada por permanecer en el RAIS por un período de 20 años, de ahí que se colija que su deseo era que su pensión le fuera reconocida por dicho régimen al resultarle más favorable; así mismo, aceptó en su interrogatorio de parte que sí se le hizo mención sobre las características propias del RAIS, por lo que no existió ningún tipo de vicio al momento de su traslado, encontrándose en todo caso inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD lo cual afectaría la sostenibilidad financiera de dicho sistema, habiendo incumplido la actora sus obligaciones como consumidora financiera porque apenas en los últimos años se acercó a indagar por su pensión siendo que el error de derecho no vicia el consentimiento; de otra parte, no puede disponerse el pago de la pensión de vejez porque al haberse trasladado de régimen perdió el régimen de transición, sin que COLPENSIONES pueda verse afectada por las decisiones de terceros.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la apoderada de COLPENSIONES solicitó que se desestimaran todas y cada una de las pretensiones de la demanda porque no se tuvo en cuenta que para la fecha de la afiliación al RAIS (1999) sólo se requería de la aceptación espontánea, libre y expresa la cual se

manifestaba a través de la firma del formulario no debiendo imponerse a las administradoras obligaciones no previstas en el ordenamiento legal y sobre esa base invertir la carga de la prueba. Sin perjuicio de lo anterior en caso de mantenerse la condena peticiona que se debe reintegrar por parte del fondo la totalidad de la cotización que recibió.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular: **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma determinándose si es suficiente para tales propósitos el diligenciamiento y firma del formulario de afiliación; **ii)** si la permanencia en el RAIS sana la eventual nulidad de la afiliación; **iii)** si la actora se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la ley para retornar al RPMPD y con su retorno se afectaría la sostenibilidad financiera; y **iv)** si había o no lugar a ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la demandante, ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre,**

espontánea y sin presiones. Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

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

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

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

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

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

informada.

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 93 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a COLMENA CESANTÍAS PENSIONES hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS

PROTECCIÓN S.A diligenciado con fecha del 25 de octubre de 1999 con efectividad a partir del 1° de diciembre de ese año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que era docente de primaria del Colegio Tilata cuando se le acercaron los asesores de PROTECCIÓN S.A., contándole a ella y sus compañeros que el ISS se iba a acabar y tenían que decidirse rápidamente a dónde se iban a pasar porque si no quedaban sin protección, y dentro de las ventajas que les ofrecía el RAIS estaba que se podían pensionar cuando quisieran y que su pensión iba a ser trasladada a sus hijos; que por lo anterior firmó un formulario el cual ni siquiera se lo dejaron ver sino que fue diligenciado por ellos, que la charla que le brindaron sí fue individual y a su correo le llegaron los extractos.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita pues ello no se deduce del interrogatorio de parte ni del contenido del formulario, aun cuando PROTECCIÓN S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al momento de la afiliación era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARÍA LUCIA BARRETO GAMA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí; evidenciándose muy por el contrario que limitó su asesoría a exponer únicamente los beneficios de trasladarse al RAIS y realizar tanto aportes obligatorios como voluntarios; debiéndose indicar en punto a la valoración del interrogatorio de parte, que en oposición a lo señalado por la censura, no se advierte confesión por parte de la actora respecto a una asesoría integral como tampoco que sus cotizaciones no correspondieran a lo realmente por ella devengado, de ahí que dicho medio probatorio no brinde certeza sobre el cumplimiento del deber por PROTECCIÓN S.A de haber brindado una información clara y completa a la señora MARIA BARRETO al momento de su traslado de régimen. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PROTECCION S.A el 25 de octubre de 1999 con efectividad a partir del 1º de diciembre de 1999 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, sin que su permanencia en el RAIS por más de 20 años tengan la entidad de subsanar la nulidad presentada al momento de la afiliación, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”* debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

De otra parte, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura la imposibilidad de la demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente a la demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

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

DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Como quiera que el A quo, con ocasión a la declaratoria de ineficacia de cambio de régimen pensional, accedió al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la señora MARÍA LUCÍA BARRETO GAMA a cargo de COLPENSIONES, procede la Sala a revisar si dicha orden se encuentra ajustada a derecho.

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

COSTAS

Atendiendo el resultado parcialmente favorable del recurso de apelación no se imponen costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal CUARTO de la sentencia proferida el día 28 de agosto de 2019 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARÍA LUCÍA BARRETO GAMA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS

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

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105026201700631-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de OLD MUTUAL S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 21 de octubre de 2019, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ISABEL CRISTINA CALLE VILLA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A** hoy **SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, con la vinculación de **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora **MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA** con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES** con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 290 vto -301. En el mismo sentido se reconoce personería al Dr. **ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ** con CC 79985203 de Btá y T. P No. 115.849 del CSJ como apoderado de PORVENIR S.A en los términos del poder otorgado (fls 270-286), y finalmente se reconoce personería al Dr. **RICARDO JOSÉ AGUIRRE BEJARANO** con CC 1.018.442.942 de Btá y T. P No. 248.736 del CSJ como apoderado de OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE

PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en los términos del poder otorgado (fls 251 vto-264).

ANTECEDENTES

ISABEL CRISTINA CALLE VILLA, pretende que se declare nula su afiliación a PORVENIR S.A., así como sus afiliaciones posteriores a otros fondos, por haber sido inducida a grave error al haber omitido información completa veraz e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes consecuencias y efectos relacionados con tal decisión; y en consecuencia, se declare vigente su afiliación a COLPENSIONES, quien deberá recibir el traslado de la totalidad de los aportes cancelados al RAIS, debiendo OLD MUTUAL S.A proceder a dicho traslado junto con los rendimientos generados, remitiendo igualmente su historia laboral; condenando a las demandadas a lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 22 de junio de 1992; cotizó al ISS 314 semanas desde el 14 de julio de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1994; el 1° de febrero de 1995 se trasladó a PORVENIR S.A; al momento de su traslado al RAIS no se le entregó información con la transparencia necesaria como ventajas y desventajas entre regímenes, proyecciones pensionales, indicándosele que podía pensionarse a la edad que quisiera y que el ISS iba a desaparecer; cotizó a COLFONDOS desde el 1° de julio de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2004 y a partir del 1° de diciembre de 2004 se trasladó a OLD MUTUAL S.A.; al 30 de marzo de 2017 contaba con 1.428.84 semanas cotizadas; y, las solicitudes que elevó a las demandadas para anular su afiliación le fueron negadas. (fls 3-11)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y la genérica (fls 77-82).

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. propuso las excepciones de prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Fls 86-110).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe; prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 160-169).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la genérica (fls 204-218).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de octubre de 2019 el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS; condenar a OLD MUTUAL a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la actora, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración; condenar a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas; declarar no probadas las excepciones propuestas y condenar a los fondos demandados en costas a razón del 33% para cada uno fijando como agencias en derecho la suma de \$900.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de OLD MUTUAL S.A., interpuso recurso de apelación en lo concerniente a la condena de la devolución de los gastos de administración, porque durante la vinculación de la demandante con dicho fondo el mismo efectuó una labor profesional de administración de sus recursos con los que generó una serie de rendimientos financieros, los cuales también se ordenó trasladar a COLPENSIONES, además que durante el tiempo de su vinculación estuvo asegurada a los riesgos de I.V.M., garantizándole la cobertura respectiva.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., solicitó la revocatoria integra del fallo para en su lugar absolverla ya que ese fondo actuó conforme a las leyes vigentes al momento del traslado, además que la demandante ratificó la intención de permanecer en el RAIS al haber realizado traslados horizontales entre los fondos, no siendo dable disponer la devolución de los gastos de administración porque se trata del porcentaje que debía recaudar con destino a los gastos de administración, la prima de reaseguros, de Fogafin y las primas de seguros de invalidez y sobrevivientes, sin que pueda desconocerse su gestión. Por su parte, la demandante insistió en la confirmación de la sentencia ya que durante todo el tiempo de permanencia en el RAIS nunca se le brindó la asesoría debida con la información suficiente para decidir si permanecía o no afiliada. Por último, PORVENIR S.A., peticionó la revocatoria del fallo y en su lugar se le absolviera por cuanto la actora no se acreditó la existencia de ningún vicio del consentimiento y de manera libre y voluntaria suscribió el formulario de traslado de régimen, sin que ejerciera su derecho de retracto, además que no puede ordenarse la devolución de sumas distintas al capital y sus rendimientos.

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

CONSIDERACIONES

En la medida que ninguna de las partes se muestra inconforme con la declaratoria de la nulidad del traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A., realizada por la señora ISABEL CRISTINA CALLE VILLA el día 23 de enero de 1995 con fecha de efectividad el día 1º de febrero del mismo año, centrando su inconformidad en la alzada únicamente OLD MUTUAL S.A., que es el último fondo al que encuentra actualmente vinculada la demandante, la Sala abordara el estudio del único puntos materia de apelación determinando si ese fondo está obligado a devolver a COLPENSIONES junto con el capital y los rendimientos, los gastos de administración; ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA DEVOLUCIÓN AL RPMPD DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN POR PARTE DE OLD MUTUAL S.A COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN.

Pues bien, sea lo primero señalar que la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de

retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo como si nunca hubiera existido, y si ello es así, en ningún dislate incurrió la falladora de primera instancia cuando además de declarar que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS, declaratoria que de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil, impone que todos los recursos pecuniarios que surgieron durante la permanencia de la actora en el RAIS debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, dentro de los que también se encuentran, por supuesto, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades (rendimientos).

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

“3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

(...)

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

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

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

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

Por esto mismo, tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los

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

De la jurisprudencia traída a colación así como del ordenamiento que regula el tema de la nulidad (Art. 1746 del CC), es dable concluir en el presente asunto que la decisión de la A quo resulta atinada en la medida que estableció por parte del fondo privado demandado la obligación de retornar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes efectuados junto con los rendimientos causados que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la señora Calle Villa, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, debiéndose en consecuencia, mantener incólume la sentencia atacada.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable del recurso de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de la AFP recurrente. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por ISABEL CRISTINA CALLE VILLA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A y la vinculada PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTIAS S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia

se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO Expediente: Rad.
110013105039201700695-01**

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de 2021 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 02 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ JANETH TRUJILLO CRUZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. LILIAN PATRICIA GARCÍA GONZALEZ, en los términos de los poderes otorgados (fls 218-221 y 225-236).

ANTECEDENTES

LUZ JANETH TRUJILLO CRUZ, pretende que se declare la nulidad de su traslado al RAIS a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS realizado el 27 de febrero de 1996, por la indebida información que le suministró dicho fondo, y en consecuencia, que junto con COLPENSIONES realicen las gestiones pertinentes para tal efecto trasladando a éste último la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorros individual, quien deberá recibirla sin solución de continuidad, teniendo como única afiliación válida la efectuada el 10 de junio de 1980 al ISS, y luego de ello, corregir y actualizar su historia laboral; condenando a las demandada a lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, relató, en síntesis, que nació el 22 de septiembre de 1957; el 10 de junio de 1980 se afilió al RPMPD administrado por el ISS cotizando un total de 815 semanas; es beneficiaria del régimen de transición; se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el 27 de febrero de 1996, sin estar precedida de la suficiente ilustración e información por parte del fondo; hasta el 31 de octubre de 2017 ha cotizado en los dos regímenes pensionales 1.925 semanas; COLFONDOS le informó que para el año 2017 su pensión sería de \$1.822.029 pero en el RPMPD sería de \$4.488.750; no se le informó sobre el año de gracia para retornar al ISS y; solicitudes sus solicitudes de nulidad del traslado ante las demandadas fueron resueltas negativamente. (fl 4-20)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando o manifestando no constarle la mayoría de los hechos salvo los relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación y las solicitudes elevadas.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de prueba de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica. (Fls. 107-121 y subsanación fls 154-169)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– propuso las excepciones denominadas inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción y la genérica.(Fls 139-141).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de agosto de 2019, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió, declarar ineficaz el traslado del RPMPD administrado por el ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS que realizó la actora el 1° de abril de 1996; condenar a COLFONDOS S.A. a transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto a los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, sin descontar suma alguna por riesgos de invalidez o muerte; ordenar a COLPENSIONES a recibir las anteriores sumas y a reactivar la afiliación de la demandante al RPMPD; declarar como no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y, condenar en costas a COLFONDOS S.A. incluyendo como agencias la suma de \$1'690.000.00 a favor de la

demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de acuerdo a las siguientes razones:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en lo relacionado con la devolución de cuotas de gastos de administración, pues dicho tema se encuentra reglamentado en la ley 100 de 1993 que permite a los fondos administrar los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones, y por tal motivo la permanencia en el RAIS de la afiliada le permitió tener rendimientos respecto de los dineros cotizados en su cuenta individual, por lo que si es declarada la nulidad del traslado también la demandante debería devolver los rendimientos que no hubiera obtenido en el RPMPD.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, en cuanto a la condena en costas, ya que nunca intervino en el acto jurídico que se celebró entre la demandante y el fondo de pensiones, habiendo actuado siempre de buena fe, y en todo caso porque no se encuentra de acuerdo con las órdenes impartidas en la sentencia ya que quien debe responder por la prestación debe ser el fondo al hallarse demostrado que incurrió en una mal práctica y por tanto debe responder de la misma forma que se reconocería en el RPMPD si la demandante no se hubiera trasladado, ello con el fin de prever un desequilibrio en el sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal COLPENSIONES insistió en la revocatoria de la sentencia toda vez que la demandante hizo uso de su derecho de traslado pero como consumidora financiera guardo silencio y por ello debe asumir las consecuencias ratificando tácitamente su permanencia en el RAIS, encontrándose inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, sin perjuicio de lo cual solicita que en caso de mantenerse la decisión se ordene al fondo que normalice la afiliación en el sistema de información SIAFP, así como la devolución de aportes. Por su parte la demandante, petitionó confirmar el fallo en su integridad porque el fondo no demostró haber cumplido con su obligación de brindarle información clara y completa al momento de su traslado.

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

CONSIDERACIONES

En la medida que ninguna de las partes se muestra inconforme con la declaratoria de la nulidad del traslado al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., realizada por la señora LUZ JANETH TRUJILLO CRUZ el día 27 de febrero de 1996 con fecha de efectividad el 1° de abril de ese año, centrando su inconformidad en la alzada en las condenas y ordenes impartidas como consecuencia de la misma, la Sala abordara el estudio de los puntos materia de apelación determinado si: **i)** el fondo está obligado a devolver a COLPENSIONES junto con el capital y los rendimientos los gastos de administración, y si desde esa reciprocidad la afiliada le debe devolver los rendimientos; **ii)** si la declaratoria de nulidad afecta el sostenimiento financiero de COLPENSIONES; y **iii)** si había o no lugar a condenar a COLPENSIONES al pago de las costas; ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA DEVOLUCIÓN AL RPMPD DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN Y LA RESTITUCIÓN AL FONDO DE LOS RENDIMIENTOS

Pues bien, sea lo primero señalar que la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo como si nunca hubiera existido, y si ello es así, en ningún dislate incurrió la falladora de primera instancia cuando además de declarar que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS, declaratoria que de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil, impone que todos los recursos pecuniarios que surgieron durante la permanencia de la actora en el RAIS debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, dentro de los que también se encuentran, por supuesto, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades (rendimientos).

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

“3. Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado

(...)

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

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se

hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

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

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

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

De la jurisprudencia traída a colación así como del ordenamiento que regula el tema de la nulidad (Art. 1746 del CC), es dable concluir en el presente asunto que la decisión de la A quo resulta atinada en la medida que estableció por parte del fondo privado demandado la obligación de retornar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la señora Trujillo Cruz, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, mostrándose en ese sentido desacertada la petición de devolución de rendimientos por parte de la afiliada si se tiene en cuenta que estos se constituyen como su nombre lo indica en las ganancias "rendimientos" y/o frutos de la administración y el manejo de los dineros que poseía en su cuenta individual; debiéndose en consecuencia, mantener incólume la sentencia atacada.

DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL RPMPD

Aduce COLPENSIONES que no debió ordenársele aceptar o recibir la devolución que le realice el fondo privado con ocasión de la declaratoria de nulidad del traslado por cuanto tal situación afectaría el equilibrio financiero

del RPMPD.

En tal sentido, basta indicar que en oposición a lo manifestado por el recurrente, ninguna lesión al principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones se genera con la determinación del A quo, habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí los recursos que debe reintegrar COLFONDOS S.A a COLPENSIONES sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

DE LA CONDENA EN COSTAS A COLPENSIONES EN ESTA INSTANCIA

Toda vez que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP¹, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad COLPENSIONES no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releve de su pago en esta instancia, dado que pese a que no fue condenado en primera instancia sí formula inconformidad con dicha decisión y al serle adverso el recurso de apelación debe asumir las consecuencias de tal determinación, sin que interese para tal efecto si intervino o no en el traslado de régimen de la demandante o si ha actuado de buena fe, razón por la cual no hay lugar se le impondrá condena en costas en esta oportunidad.

En similar situación se dispondrá condenar en costas de esta instancia a COLFONDOS S.A.

Las costas de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de agosto de 2019 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción promovida por LUZ JANETH TRUJILLO CRUZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

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

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a las demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. Fijense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM ZULUAGA GONZÁLEZ
Magistrado Ponente

USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105003201800761-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de abril de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

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

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLFONDOS S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 26 de septiembre de 2019 por el Juzgado Tercero (3°) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FLOR AURORA VIASUS ROJAS** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS, representante legal de Navarro Rosas Abogados Asociados SAS y como apoderado sustituto al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a folios 160-172.

ANTECEDENTES

FLOR AURORA VIASUS ROJAS, pretende que se declare nula o ineficaz la afiliación al RAIS dándole validez a la realizada al ISS hoy COLPENSIONES; y como consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiere realizado; lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 2 de abril de 1962; desde que inició su vida laboral perteneció al RPMPD cuya última cotización fue en julio de 1995; se afilió al RAIS y su primera

cotización fue en agosto de 1995; a la fecha del traslado contaba con más de 250 semanas cotizadas en el RPMPD; ni durante su permanencia en dicho régimen ni al momento de su afiliación fue debidamente informada sobre las consecuencias del traslado; dentro de la información proporcionada por COLFONDOS S.A se presentaron argumentos como la desaparición del ISS, el riesgo de impago de las pensiones pagadas por este fondo y la definitiva ventaja de ser pensionado por el RAIS; según la proyección entregada por COLFONDOS S.A aspira a una pensión de salario mínimo al cumplir 57 años de edad mientras que de haber permanecido o haber regresado a RPMPD su pensión estaría alrededor de un 63.72% de un IBL calculado en \$2.779.866 conforme las semanas cotizadas e ingresos hasta el 2018; y las solicitudes de nulidad de la afiliación que elevó a COLFONDOS S.A le fueron negadas y COLPENSIONES no le contestó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento, el número de semanas cotizadas, la afiliación a cada una de ellas y las solicitudes de nulidad.

COLFONDOS S.A propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento 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, (fls 75-92)

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la declaratoria de otras excepciones (fls 118-123)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de septiembre de 2019, el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS realizado el 27 de julio de 1995 con efectividad a partir del 1º de agosto del mismo año, para entenderla vinculada en forma válida al RPMPD administrado por COLPENSIONES; condenó al fondo a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas hecho, bonos pensionales en caso de haberse redimido y todos los rendimientos

financieros causados; ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros enviados por la AFP y a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiese trasladado del RPMPD y así mismo actualice la información de la historia laboral de la actora en semanas cotizadas; declaró no probada la excepción de prescripción; y, condenó a COLFONDOS S.A en cuantía de \$1.200.000 por concepto de costas y agencias.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de COLFONDOS S.A interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad, pues la vinculación a ese fondo no tiene ningún vicio en el consentimiento, toda vez que para el momento de la afiliación se cumplió con los requisitos de ley para su validez, pretendiéndose evadir o desconocer en este proceso la descapitalización que se produciría en el Sistema General de Pensiones de accederse a la nulidad ya que no sólo se está imputando a COLFONDOS S.A las obligaciones de trasladar sumas de dineros, gastos adicionales y rendimientos sino que la demandante se vería beneficiada de un sistema al que no ha pertenecido ni ha aportado, sobre todo cuando tampoco acreditó la existencia de un perjuicio; sin que sea bien recibido que posterior a sus 23 años afiliación y permanencia en el fondo indique como argumento para la nulidad de su traslado que fue que se le informó que el ISS se iba acabar, argumento que debió ser probado por quien lo adujo y aquí no lo hizo, quedando demostrado que en la afiliación se cumplió con el deber legal reiterado y existente para la época, y frente a la responsabilidad de realizar proyecciones, debe tenerse en cuenta que dicha obligación no existía sino que surgió fue con posterioridad al traslado de regimen, a lo que se suma que informó a todos sus afiliados sobre la posibilidad que tenían de retornar al RPMPD si ese era realmente su deseo siempre y cuando cumplieran los requisitos establecidos por la misma normatividad, emitiendo también de manera conjunta en los extractos de la cuenta de ahorro individual toda la información relacionada con los cambios normativos, bonos pensionales y demás información de interés general, sin que pueda endilgársele ninguna responsabilidad por el hecho de no haberla leído. De otro lado sostiene que de confirmarse la ineficacia únicamente deberían trasladarse los aportes junto con los rendimientos efectuados durante su vinculación, ya que los gastos de sumas provisionales y de administración están contemplados dentro de la ley que le dio vida al RAIS, por lo tanto COLPENSIONES estaría recibiendo un monto que no le corresponde, además que las sumas adicionales no están en su poder dado que las mismas fueron trasladadas oportunamente a las diferentes aseguradoras.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido sólo se pronunciaron la parte actora y COLPENSIONES; la primera solicitando la confirmación de la sentencia absolutoria pues según los precedentes jurisprudenciales la carga de la prueba le corresponde a los fondos, además que no existe ningún postulado relacionado con la recuperación o no del régimen de transición y sobre la imprescriptibilidad de la acción. Entre tanto, COLPENSIONES peticiona que se revoque el fallo argumentando que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por el legislador en la Ley 797 de 2003 en su artículo 2, y en todo caso no contaba con una expectativa legítima de un beneficio prestacional, por lo que conforme a los principios rectores constitucionales, su traslado afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la ausencia de los vicios del consentimiento frente a la información brindada, **ii)** si la permanencia en el RAIS por más de 23 años, eventualmente sanea la nulidad e imposibilita tal declaratoria, **iii)** si COLFONDOS S.A está o no obligada a girar a COLPENSIONES, como consecuencia de la declaratoria de nulidad todas las sumas y conceptos ordenados por el A quo tales como sumas adicionales por concepto de primas y gastos de administración, **iv)** si la publicación realizada por los fondos en el año 2004 sobre la posibilidad de retornar al RPMPD saneó la eventual nulidad, **v)** si la declaratoria de nulidad afecta la descapitalización del RPMPD en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso y del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 95 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado el 27 de julio de 1995 con fecha de efectividad del 1 de agosto de 1995, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su afiliación al RAIS que estaba trabajando en un Banco cuando llegaron personas de diferentes fondos de pensiones y realizaron charlas, los asesores iban a los puestos de trabajo y les daban información para que decidieran si se trasladan o no, la actora se encontraba afiliada al ISS, por lo tanto el argumento de los asesores de COLFONDOS S.A era que iba a tener una mejor pensión y que adicionalmente a esto el ISS tendría a desaparecer, entonces estaba peligrando la pensión si continuaba con el ISS; aceptó haber firmado el formulario de afiliación y traslado a COLFONDOS S. sin que esté conforme con la proyección de su mesada pensional, ya que en el ISS sería mucho mejor.

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A el 27 de julio de 1995 con efectividad a partir del 1 de agosto de 1995 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, **ambas condiciones dilucidadas** en primera instancia, debiéndose por tanto confirmar la sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo durante 23 años no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el haber recibido extractos o la publicación que realizó el Fondo en 2004, por cuanto la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad., ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro., siendo relevante un dato sólo si es oportuno. En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014); reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de COOLFONDOS SA.

Desde tal panorama, dado que lo que se cuestiona en el presente asunto es la omisión en la que incurrió el fondo demandado de brindar una información clara y concreta a la demandante en el momento en el que esta decidió trasladarse del RPMPD al RAIS, y que la consecuencia de tal omisión no es otra que la declaratoria de la nulidad, es incuestionable que el reproche de la falta de acreditación de perjuicios causados con el traslado, que eleva en su recurso el apoderada de COLFONDOS S.A, ninguna incidencia presenta frente a tal declaratoria por la potísima razón que no es presupuesto la causación o no de perjuicios, y si ello es así, en ningún dislate incurrió el A quo cuando basado en esa conducta del fondo

resolvió en favor de la demandante.

Así mismo, respecto al principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones ningún reparo se genera con la determinación del A quo, habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente, con la orden de devolverle a COLPENSIONES la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí los recursos que debe reintegrar COLFONDOS S.A sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Últimamente, dado que la apoderada de COLFONDOS S.A se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a *“trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, **sumas adicionales** con intereses o rendimientos, **gastos** que hubiera causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil”*; basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).”

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

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

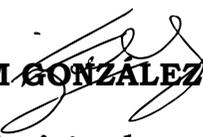
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 26 de septiembre de 2019 por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por FLOR AURORA VIASUS ROJAS en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS. FIJENSE como agencias en derecho la suma de \$908.526 en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

USO DE PERMISO
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado