



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-002-2018-00188-01. Proceso Ordinario de Bernardo Ismael Henao de Brigard contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, el 5 de agosto de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, en aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la AFP Protección S.A., y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses y se condene a Colpensiones a reactivar su afiliación al



régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 11 de diciembre de 1959, cotizando en pensiones a través de diferentes empleadores de forma interrumpida por el período comprendido entre el 4 de abril de 1983 y el 30 de noviembre de 2017; que en septiembre de 1994 se afilió a la Administradora de Fondos de Pensiones y cesantías Protección S.A., fecha para la cual ya había cotizado un total de 502 semanas en el ISS; que no le fue informado por la administradora privada los efectos del traslado de régimen pensional, las desventajas y desventajas entre el RAIS y el RPM, los escenarios comparativos del derecho pensional en los regímenes, generando una falsa realidad en el demandante; que elevó derecho de petición ante Protección S.A. el 27 de diciembre de 2017, en la que solicitó copia de la información suministrada, se declarara la nulidad de la afiliación y se registrara la novedad ante Colpensiones, trasladando los aportes y los rendimientos respectivos, radicando en la misma data solicitud ante Colpensiones, en la que peticionó se declarara la nulidad de traslado, y como consecuencia se efectuara el traslado de los aportes y rendimientos a Colpensiones, entidad que debía activar la afiliación y actualizar la historia laboral, entidades que negaron las peticiones elevadas.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la nulidad de la afiliación efectuada por el demandante a Protección S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales que tuviere en su poder y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable,



brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos, carga de la prueba que se encontraba en cabeza de la misma.

Inconforme con la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

La apoderada de Protección S.A. interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, para que se revoque parcialmente el numeral segundo de la sentencia proferida, exclusivamente en la devolución de los gastos de administración, por cuanto la AFP 'tiene derecho a la comisión por administración que corresponde al 3% del 16% de cada aporte que hizo el afiliado, ello para pagar el seguro provisional, aunado, con que tal descuento se encuentra regulado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, el que opera tanto en el RAIS, como en el RPM. Así mismo, por cuanto el artículo 1746 del Código Civil establece que declara la nulidad, existe derecho a las restituciones mutuas, ello conlleva la devolución de las mejores necesarias, útiles y voluptuarias, situación en la que se encuentra el presente proceso, por cuanto la comisión se causó con ocasión de la administración que se efectuó de los aportes del afiliado y que generaron unos rendimientos en su favor y la buena gestión de la AFP, situación que de declararse en contrario generaría un derecho a la igualdad privilegiando a una de las partes con la declaratoria de nulidad.

Por su parte Colpensiones solicitó se revoque integralmente la sentencia proferida, ya que el actor se encuentra en la prohibición legal al momento de traslado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de



2003, esto es por cuanto la solicitud de traslado se originó el 27 de diciembre de 2017, cuando tenía más de 58 años, norma exequible de acuerdo con la sentencia C 1024 de 2004, en el sentido que solo se traslada los beneficiarios del régimen de transición y en sentencia C 789 de 2002 requisitos que no tiene el actor ni en lo relativo a la edad y solo contaba con 519.71 semanas cotizadas al ISS. En segundo punto, no se acreditaron los vicios del consentimiento, pues nos encontramos frente a un error de fuerza derecho, que no tiene eficacia jurídica entre las partes, aunado con que la nulidad no se alegó dentro del término del artículo 1750 del C.C., que establece un término de 4 años contados desde el día de celebración, lo que evidencia que si el traslado fue en 1994 según se desprende del documento aportado, se debió pedir antes de 1999, lo que va acompañado de la falta a la carga de la prueba contenida en el artículo 167 del C.G.P., toda vez que de los medios de prueba no se demostraron los vicios del consentimiento y por el contrario, el actor se demoró 24 años para solicitar el traslado y quien en su interrogatorio de parte manifestó que recibió los extractos y comunicaciones y nunca realizó preguntas al respecto, quien no leyó la información suministrada, que sabía del bono pensional, así como de la corrección del mismo y que tan sólo se acercó hasta el 2018, por cuanto con anterioridad pensión que está bien, de lo que se demuestra que no se acreditó el vicio en el consentimiento.

Así mismo, adujo frente al deber de información que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que debe cumplir lo dispuesto en el Decreto 663 y solo el principio de deber de información se materializó hasta los años 2014 y 2015, y los fondos solo cuentan con la voluntad dispuesta en el formulario, pues con anterioridad no se exigía ningún otro documento diferente a la afiliación y de encontrarse un supuesto diferente, sería advertir que las personas que solicitaron su traslado son incapaces para la celebración de contratos a nivel general. Finalmente, advierte que se genera una descapitalización del sistema, lo que va en contra de la sentencia C 1024 de



2004 y SU 130 de 2013 emitidas por Corte Constitucional, en el sentido de que nadie puede resultar subsidiado por otros afiliados, solicitando de forma subsidiariamente se condicione el cumplimiento de la sentencia, previa devolución de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro del actor, cotizaciones, rendimiento, gastos de administración y a los que hubiere lugar debidamente indexados, ya que la encartada no puede cumplir el fallo hasta la devolución de recursos y actualización de datos.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

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

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



definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)”.



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

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

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos

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



cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

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

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

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



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

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

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración que fueron dispuestos por la falladora de primer grado, como quiera que si bien los mismos están consagrados en la ley 100 de 1993, también lo es, que se

reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en dicho sentido.

Ahora bien, tampoco es posible acoger el dicho de la demanda Colpensiones referente a que como el actor dejó transcurrir un término de 24 años desde su afiliación, ello convalidaría la afiliación al RAIS, así como, que el actor tenía conocimiento de la existencia y reliquidación del bono pensional, ello indicaría la debida información brindada, pues debe advertirse que el deber de información se debe materializar al momento en que se efectuó el traslado y no con posterioridad al mismo, pues bajo tal circunstancia ya materializaría el perjuicio en favor del afiliado, hoy demandante, al igual, que si bien el actor en su interrogatorio de parte manifestó el conocimiento de algunos preceptos contenidos en el Régimen de Ahorro Individual, esto no implica el debido conocimiento del mismo y aún más, en lo concerniente con los presupuestos con los que debía contar para el eventual reconocimiento de las prestaciones, en especial la de vejez, por lo que tales fundamentos deben ser descartados.

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

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las Costas de ambas instancias estarán únicamente a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. MODIFICAR** la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad del demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. - CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **CUARTO.- COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000,00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-002-2018-00188-01. Proceso Ordinario Bernardo
Ismael Henao de Brigard contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Solvo voto
parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-002-2018-00638-01. Proceso Ordinario de Bertha Lucía Quintero Rendón contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de agosto de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, en aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la AFP Provenir S.A., y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, como si nunca se hubiere efectuado el traslado y las costas del proceso.



Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que se trasladó al fondo privado Porvenir el 26 de junio de 1996, momento en el cual el asesor no le brindó información clara, completa y veraz de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, manifestándole tan solo las ventajas del RAIS; que nació el 23 de diciembre de 1967, por lo que cumpliría los 57 años el mismo día y mes de 2024; que Porvenir realizó una simulación pensional a la edad de 57 años del derecho pensional, de donde se extrae que la mesada pensional ascendería a la suma de \$737.717, no obstante en el RPM la prestación sería por la suma de \$2.237.187, con una tasa de reemplazo del 63.62%; que la demandante a cotizado al Sistema General de Pensiones por el período comprendido entre el 3 de octubre de 1988 y el 30 de abril de 2018, esto es, por espacio de 25 años, 3 meses y 28 días; que elevó solicitud de nulidad ante Colpensiones el 30 de agosto de 2018, no obstante, la misma no ha sido resuelta por la encartada, hasta el momento de radicar la demanda.

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



Inconforme con la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de la demandada Porvenir interpuso recurso de apelación, con el objeto de que se revoquen todas y cada una de las condenas impuestas en su contra y se absuelvan de las súplicas elevadas, recurso que se plantea frente a tres ítems, el primero sobre declaratoria de nulidad de traslado, el segundo frente a devolución de saldos y la tercera por la condena en costas. Al respecto debe indicarse que si lo pretendido era la nulidad de traslado de la demandante del año 1996, el despacho no acreditó los elementos fácticos de las normas correspondientes, ya que no se advierte una situación que permita dar cuenta de dicho castigo al acto jurídico, ya que el objeto y la causa del traslado se cumplieron y no es otro que conforme con el literal b) del artículo 13, es el que permite escoger cualquier régimen pensional para efectuar las cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, y frente a estas situaciones no hay vicio que den lugar a incapacidad absoluta, y frente a la fecha de traslado la demandante era mayor de edad y contaba con goce pleno de capacidades, lo que acredita la voluntad de afiliarse al RAIS, enfatizando que el formulario de afiliación era el único documento que exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, por lo que no es el mismo deber de información de dicha época, a la introducida y creada en el año 2010 y 2014 mediante las Leyes 1328 y 1748 respectivamente, que impusieron la doble asesoría y los cálculos de rentabilidad y reconocimiento del derecho pensional, situación de la que no se puede indicar que las administradoras de pensiones no tuvieran el deber de información, sino que por el contrario, tal y como se expone en el salvamento de voto de la sentencia SL 1452 de 2019, se debía estudiar las particularidades de cada caso, tales como ser beneficiario del régimen de transición y que permitiese advertir que en efecto se causó perjuicio al afiliado, situación que no ocurrió en el caso bajo estudio, pues la demandante



no fue beneficiaria de la transición. Ahora bien, frente a devolución de saldos, debe tenerse en cuenta que con la nulidad no se puede generar la condena en gastos de administración, ni de los seguros previsionales, primero por cuanto los gastos ya fueron consumidos, se generaron rendimientos financieros y que al día de hoy mejoran la expectativa pensional de la demandante; aduce que con la nulidad las cosas vuelven a su estado inicial, por lo que se deberían devolver los rendimientos financieros, aunado, con que con las primas previsionales se dio cobertura las contingencias de la invalidez y la muerte y al procederse con tal devolución, implicaría que la afiliada no tuvo tal cobertura por espacio de 24 años, gastos que en todo caso se encuentran regulados tanto para el RAIS, como para el RPM, así como, la propia superintendencia financiera en el concepto dado en el año 2020, adujo que no era procedente la devolución de los gastos de administración, ni de los seguros previsionales, por lo que al no acreditarse los preceptos de la nulidad, ni la devolución de los aportes, no es procedente la condena impuesta de conformidad con el artículo 365 del C.G.P., en lo atinente con las costas procesales.

Por su parte Colpensiones solicitó se revoque integralmente la sentencia proferida, ya que el actor se encuentra en la prohibición legal al momento de traslado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, esto es por cuanto la solicitud de traslado se originó el 27 de diciembre de 2017, cuando tenía más de 58 años, norma exequible de acuerdo con la sentencia C 1024 de 2004, en el sentido que solo se traslada los beneficiarios del régimen de transición y en sentencia C 789 de 2002 requisitos que no tiene el actor ni en lo relativo a la edad y solo contaba con 519.71 semanas cotizadas al ISS. En segundo punto, no se acreditaron los vicios del consentimiento, pues nos encontramos frente a un error de fuerza derecho, que no tiene eficacia jurídica entre las partes, aunado con que la nulidad no se alegó dentro del término del artículo 1750 del C.C., que establece un término



de 4 años contados desde el día de celebración, lo que evidencia que si el traslado fue en 1994 según se desprende del documento aportado, se debió pedir antes de 1999, lo que va acompasado de la falta a la carga de la prueba contenida en el artículo 167 del C.G.P., toda vez que de los medios de prueba no se demostraron los vicios del consentimiento y por el contrario, el actor se demoró 24 años para solicitar el traslado y quien en su interrogatorio de parte manifestó que recibió los extractos y comunicaciones y nunca realizó preguntas al respecto, quien no leyó la información suministrada, que sabía del bono pensional, así como de la corrección del mismo y que tan sólo se acercó hasta el 2018, por cuanto con anterioridad pensión que está bien, de lo que se demuestra que no se acreditó el vicio en el consentimiento.

Así mismo, adujo frente al deber de información que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que debe cumplir lo dispuesto en el Decreto 663 y solo el principio de deber de información se materializó hasta los años 2014 y 2015, y los fondos solo cuentan con la voluntad dispuesta en el formulario, pues con anterioridad no se exigía ningún otro documento diferente a la afiliación y de encontrarse un supuesto diferente, sería advertir que las personas que solicitaron su traslado son incapaces para la celebración de contratos a nivel general. Finalmente, advierte que se genera una descapitalización del sistema, lo que va en contra de la sentencia C 1024 de 2004 y SU 130 de 2013 emitidas por Corte Constitucional, en el sentido de que nadie puede resultar subsidiado por otros afiliados, solicitando de forma subsidiariamente se condicione el cumplimiento de la sentencia, previa devolución de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro del actor, cotizaciones, rendimiento, gastos de administración y a los que hubiere lugar debidamente indexados, ya que la encartada no puede cumplir el fallo hasta la devolución de recursos y actualización de datos.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA



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

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

CONSIDERACIONES

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

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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

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



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)”.

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



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

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

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



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

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

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

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de



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

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

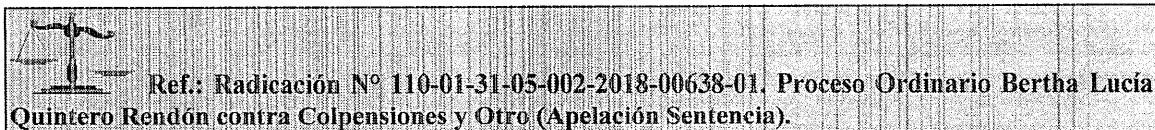
Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales que fueron dispuestos por la falladora de primer grado, como quiera que si bien los mismos están consagrados en la ley 100 de 1993, también lo es, que se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente a la afiliada, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en dicho sentido.



Ahora bien, tampoco es posible acoger el dicho de la demanda Colpensiones referente a que como la actora dejó transcurrir un término de 24 años desde su afiliación, ello convalidaría la afiliación al RAIS, pues debe advertirse que el deber de información se debe materializar al momento en que se efectuó el traslado y no con posterioridad al mismo, pues bajo tal circunstancia ya se materializaría el perjuicio en favor de la afiliada, hoy demandante.

Así mismo, debe indicarse que tampoco se puede acceder al argumento expuesto por el apoderado de la demandada Porvenir S.A., concerniente a que se generaría un error de derecho y no de hecho, por cuanto la demandante tenía conocimiento del negocio jurídico que celebró con la AFP, y que dio origen a la afiliación respectiva, ya que si bien dicha postura es acertada, también lo es, que el conocimiento de la actora era referente a su afiliación al sistema general de pensiones en el RAIS, más no, tenía conocimiento sobre las situaciones particulares del régimen pensional y que no fueron identificadas en su momento por el asesor de la administradora privada, pues no es suficiente con tener conocimiento de la afiliación, sino que por el contrario, es necesario conocer las particularidades de cada derecho pensional, más aún, cuando el único presupuesto que le interesa a los afiliados al Sistema General de Pensiones es obtener de forma eventual el reconocimiento de las contingencias de la invalidez, vejez y muerte que se deriven de su afiliación.

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



por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

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

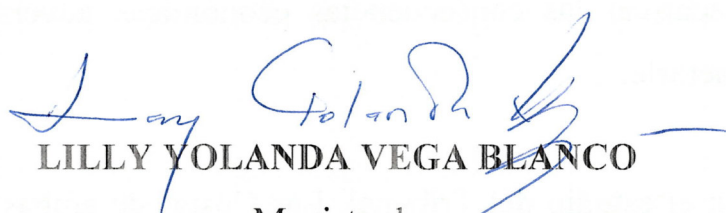
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. MODIFICAR** la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad del demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. - CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **CUARTO.- COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000,00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

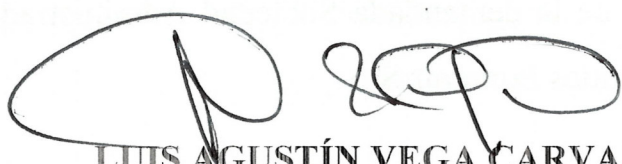

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-002-2018-00638-01. Proceso Ordinario Bertha Lucía Quintero Rendón contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Salvo voto
parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

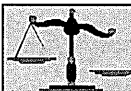
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011 2017 00798-01. Proceso Ordinario de Oscar David Murcia Portilla contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de junio de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la entonces ING hoy AFP Protección S.A., y como consecuencia de las anteriores, se condene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con



motivo de su afiliación, con todos los frutos, manteniendo la afiliación sin solución de continuidad, actualizando la historia laboral, así como, que Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A., anule el traslado efectuado el 20 de mayo de 1994 y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 3 de octubre de 1961, afiliándose al ISS el 10 de noviembre de 1981, donde cotizó un total de 116 semanas; que se trasladó a ING hoy Protección S.A. el 20 de mayo de 1994, cotizando en el RAIS un total de 1079 semanas, acumulando un total en el Régimen General de Pensiones 1.195 semanas cotizadas en su vida laboral; que no se le informaron las ventajas y desventajas del traslado y que afectaban el derecho pensional; que Porvenir S.A. le informó al actor que la mesada pensional para el año 2023, data en la que cumpliría los 62 años de edad ascendería a la suma de \$1.386.900, no obstante, en el RPM con una tasa de reemplazo del 62.05% una mesada pensional por el monto de \$3.151.216; que elevó solicitud de declaratoria de nulidad de traslado ante Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones el 24 de noviembre de 2017.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al Fondo de Pensiones y Cesantía Colfondos S.A. y ordenó a Porvenir S.A. trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, junto con los rendimientos a que hubiere lugar y los gastos de administración que tuviere en su poder, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información



objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, disponiendo su afiliación a Colpensiones.

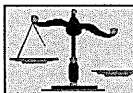
Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

La apoderada de Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación respecto de la sentencia proferida, para que en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto no es posible advertir la vulneración al deber general de información, como lo indicó el juzgador en la sentencia, teniendo en cuenta normatividad legal al momento de la afiliación, que no era otra que la Ley 100 de 1993, y no existía norma específica como en la actualidad, de lo que se puede extraer que la demandada le brindó los elementos necesarios para la afiliación libre y voluntaria que se concretó en la afiliación, sin que de tal actuación se pueda evidenciar que haya algún vicio en el consentimiento que impida la afiliación del demandante; así mismo, con los Decretos 2071 de 2015 y la ley 1748 de 2015, surge en cabeza de las AFP brindar información más detallada y específica para efectuar el traslado, sino que por el contrario, se hace es un análisis anacrónico por parte del Juzgado al momento del traslado. Aunado a lo anterior, ambas partes tienen obligaciones, que para el caso del demandante es informarse de forma clara durante su permanencia en el RAIS, la que no solo se puede exteriorizar al momento de la vejez, situación de la que se incluso se podría concluir, que la inconformidad es netamente aritmético y que escapa a Porvenir, ya que estamos en dos regímenes pensionales diferentes y si bien, aseguran las mismas contingencias, las características de liquidación son distintas y no es posible que con el ahorro que tienen, la edad y los beneficiarios, pretende recibir una mesada diferente a la



calculada, ya que al estar en el RAIS, la prestación se concede conforme a lo ahorrado en la vida laboral, diferente a lo que sucede en el RPM. Ahora bien, en el debate probatorio no se planteó la devolución de los gastos de administración que fueron ordenados por el Juzgado. De igual forma, señala que teniendo en cuenta el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, se impone a la AFP la obligación de devolver al RPM lo relacionado con los aportes de su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, pero no así la devolución de gastos de administración y primas de reaseguro, ya que la AFP actuó de buena fe y administrando recursos otorgados por el actor, junto con los rendimientos financieros respectivos. Finalmente, frente a la prescripción no se desconoce el derecho pensional, no obstante la afiliación es un elemento accesorio, que sí es susceptible a la prescripción conforme con los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la S.S., por lo que se debe declarar el medio exceptivo.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, ya que se debe llamar la atención que en la actualidad las decisiones tomadas de declarar la nulidad quebranta el principio de sostenibilidad financiera del artículo 48 de la Constitución Política y el A.L. 01 de 2005, pues genera una situación que impide la debida planeación de las pensiones que venían aportando y sosteniendo el RPM, pues le mismo se mantiene con fondos económicos que permiten pagar pensiones mesa a mesa a una mayor cantidad de afiliados, y proyectar pensiones futuras, por lo que no se debe declarar la nulidad o ineficacia, pues el patrimonio público entraría a pagar la pensión y el ahorro individual no ayuda a pagar la pensión; aunado, que el capital con el que cuenta el demandante, tampoco sería suficiente para su propia pensión, por lo que debe realizarse cálculo actuarial, para soslayar la pérdida del capital y de acuerdo con la SU 062 de 2010, para acceder al traslado la persona debe cumplir con las 750 semanas y adicional, pagar cálculo de rentabilidad el que no se puede desconocer, por



lo que se debe absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

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

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



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)”.



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

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

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí

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

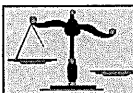


contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

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

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

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la

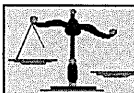


ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

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

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

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

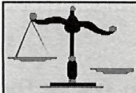


vigencia de la afiliación del demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

En igual sentido, debe indicarse que no se puede acoger el dicho de la administradora privada, en el sentido de que tan solo fue con las normatividades expedidas en el 2015, que se les exigió a las AFP, el debido deber de información y la proyección del derecho pensional, pues el deber de información surgió con el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero de 1993, momento en el cual se impuso a las administradoras de pensiones brindar la debida información al momento del traslado, situación que no realizó en su momento la pasiva, así como, que si bien se imponían cargas a las partes al momento de suscribir el formulario de afiliación, también lo es, que el afiliado tiene como fin último el reconocimiento de las prestaciones derivadas del Sistema General de Pensiones y quien tiene el conocimiento total del mismo es la administradora de pensiones privada.

Ahora bien, frente a la desfinanciación del RPM, se advierte que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuenta con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las cotas de primera instancia quedarán a cargo únicamente de las administradoras privadas de pensiones y las de



esta instancia a cargo de la encartada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

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

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

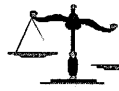


Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2017-00798-01. Proceso Ordinario Oscar David Murcia Portilla contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Salvo voto
parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-012-2018-00666-01. Proceso Ordinario de Freya Aurora Dionisio Hernández contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte actora y de la demandada Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el 6 de octubre de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a Porvenir S.A., así como el traslado horizontal efectuado a la AFP Colfondos, y que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y como consecuencia de lo anterior,



se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses y se condene a Colpensiones a reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida en forma automática, actualizar su historia laboral y proceder con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del cumplimiento de los requisitos, junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 29 de noviembre de 1959, afiliándose al RPM administrado por el ISS el 1° de junio de 1981; que se trasladó a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., formulario que fue diligenciado por el asesor, trasladándose nuevamente a Colfondos S.A. el 30 de mayo de 2000, sin embargo, no le suministraron información clara, completa y cierta de las implicaciones del cambio de régimen pensional, ni se le hizo un estudio objetivo y con cálculo actuarial de las circunstancias de la afiliada, ni de los pormenores, ventajas y desventajas tanto del RAIS, como del RPM; que no se encontraba cobijada por el régimen de transición; que elevó peticiones de nulidad a Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., obteniendo respuesta negativa de parte de Colpensiones y Colfondos mediante oficios de fechas 11 y 16 de octubre de 2018 respectivamente, no obstante, la restante encartada guardó silencio.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la entonces AFP Colmena, hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales que tuviere en su poder y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Lo anterior, por cuanto no se logró



acreditar que la demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de la parte actora y de la demandada Colpensiones interpusieron recurso de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de la parte actora solicitó se ordene la devolución de cuotas de administración por parte de Colfondos ya que si bien es legal, partió de un hecho ilegal y jurisprudencial se ha establecido la ineficacia y procedo a interponer el recurso de apelación, tan solo en ese punto, pues es cierto que debe ordenarse la devolución de todos los descuentos realizados por cuotas de administración en el tiempo que estuvo en el RAIS, ya que dichos aportes se dieron de forma injustificada, pues si bien están en la Ley, también lo es, que es el fondo privado quien asume dicha responsabilidad con ocasión de la ineficacia declarada por vulneración a los vicios del consentimiento.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones presentó recurso, solicitando se revoque en su integridad la sentencia proferida, teniendo en cuenta que se desconoció el artículo 13 literal e) de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, en cuanto resulta imposible el traslado cuando falten 10 años o menos para adquirir el derecho pensional, para poderse mover entre regímenes y se desconoce la SU 062 de 2010; así mismo, también cuando se declara la nulidad o ineficacia no hay lugar a retornar de forma parcial las cotizaciones, pues se debe retornar la totalidad del ahorro incluyendo los



descuentos del fondo de garantías, anulación de bonos pensionales, seguros previsionales y gastos de administración, ya que la cuenta es del titular y al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, se entiende que nunca existió la afiliación y no es válido lo generado y descontado por la administradora de pensiones.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

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

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



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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)”.

“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

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

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

relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...”
(Subrayado de la Sala).



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

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

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

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la

ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

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

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

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

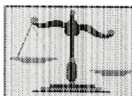


de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración, como quiera que si bien los mismos están consagrados en la ley 100 de 1993, también lo es, que se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado, por lo que se adicionará la decisión de primer grado en dicho sentido.

De igual forma, no es posible acoger el argumento expuesto por la demandada Colpensiones, en el sentido que por estar a menos de 10 años la demandante de adquirir el derecho pensional no es posible su retorno al RPM, también lo es, que la ineficacia que se declara retrotrae la actuación como si nunca se hubiere generado la afiliación de la señora Dionisio Hernández al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto, no se encontraría incurso de tal prohibición.

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

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin condena en costas en las instancias, con ocasión de la absolución efectuada por el fallador de primer grado y el estudio íntegro de la decisión en esta instancia.



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-012-2018-00666-01. Proceso Ordinario Freya Aurora Dionisio Hernández contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida, en el sentido que deberá COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS retornar la totalidad de aportes que ostente la actora en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **CUARTO. SIN COSTAS** en las instancias. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Solvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-023-2019-00311-01. Proceso Ordinario Marina Florez Torres contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 18 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado en el mes de febrero de 1998, así como de los traslados efectuó dentro de dicho régimen a las AFP Porvenir y Colfondos; se ordene a esta última AFP a retornar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales



de aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado; y se ordene a Colpensiones recibirla nuevamente como afiliada, sin solución de continuidad desde el 23 de febrero de 1983.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 17 de marzo de 1963, que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 23 de febrero de 1983 hasta el 31 de enero de 1998, acumulando un total de 684,43 semanas de cotización.

Indicó que en el mes de diciembre de 1997, asesores de Colmena S.A., hoy Protección S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional, que recibió por parte de estos un acoso constante, ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener en el régimen de prima media con prestación definida al momento de pensionarse, e indicándole que obtendría rendimientos financieros extraordinarios que el ISS no podría ofrecerle, sin explicarle que su traslado generaría una pérdida de beneficios.

Señaló que el 30 de enero de 2001 fue persuadida por asesores de la AFP Porvenir de trasladarse a dicho fondo, y en el año 2004 por asesores de Colfondos S.A.; quienes afirma pretermittieron dar información relacionada con las ventajas y desventajas de cada régimen; por lo que, ante la falta de transparencia, continuó en el mismo error un largo tiempo

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que la afiliación de la demandante es válida en tanto obra como soporta la afiliación y las cotizaciones que se realizaron en su favor de forma libre y voluntaria. Propuso

¹ Cfr fls 136 a 145



las excepciones de mérito de validez de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción buena fe.

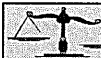
La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.², adujo que se le dio a conocer a la demandante de manera completa, clara y suficiente los requisitos para pensionarse en el régimen de ahorro individual; y que el traslado se produjo de acuerdo con las estipulaciones vigentes para la época. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, enriquecimiento sin causa, prescripción, entre otras.

Por su parte Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías³, adujo que la solicitud de nulidad resulta inviable en cuanto demandante, en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de elección y afiliación decidió afiliarse de manera libre y voluntaria al RAIS. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción, compensación y pago, entre otras.

El *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que si bien de acuerdo con el criterio sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los fondos de pensiones tienen la obligación clara, completa y oportuna de las consecuencias de su traslado; también lo era que a su juicio, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante era posible establecer que si hubo una debida información, puesto que refirió tener en conocimiento de las características de uno y otro régimen.

² Cfr fls 174 a 180.

³ Cfr fls 191 a 201



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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

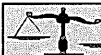
Aduce la recurrente en esencia que a pesar de que la demandante, refirió tener conocimiento de ciertas características del sistema de pensiones, dicha información la fue adquiriendo con el transcurso de los años, pero que la misma no le fue dada al momento del traslado al régimen de ahorro individual; puesto que conforme lo indicó la accionante al absolver interrogatorio de parte, la información por parte del asesor no fue clara, ni completa y no estaba de acuerdo con su condición particular.

Aduce en el mismo sentido que de acuerdo con el Decreto 556 de 1994 debió entregársele a la demandante el reglamento y plan de pensiones, y que además debió informársele acerca de la posibilidad la fecha límite que tenía para retornar al régimen de prima media con prestación definida.

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

CONSIDERACIONES

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



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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga⁴, posición

⁴ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

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

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

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no

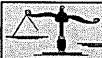


que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

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

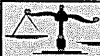
solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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



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

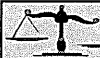
En este punto corresponde tener en cuenta que si bien es cierto que del interrogatorio de parte la demandante absuelto por la demandante es posible establecer que tiene cierto conocimiento de las condiciones generales bajo las cuales se reconoce el derecho pensional en uno y otro régimen; de su dicho no es posible establecer que tal información se la hubiere suministrado el asesor de la AFP Colmena, como lo asume el servidor judicial de primer grado, al punto que refirió la propia absolvente que al momento del traslado se le brindó una charla muy sencilla, en la que se les indicó que tendría unos buenos rendimientos y además contaba con la posibilidad de efectuar aportes voluntarios lo cual beneficiaría el monto de su pensión; características que si bien son propias del régimen de ahorro individual, no se analizaron en relación con el caso particular de la demandante; de manera que no puede considerarse que la información suministrada fuera completa y suficiente para permitirle a la accionante tomar una decisión consiente de las implicaciones de su traslado de régimen. Y en tal sentido interesa señalar que la Máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, al hacer alusión a la inversión de la carga de la prueba indicó que “... *el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue*”.



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

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

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

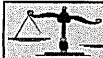


Se enfatiza, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y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

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

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, contrario a lo que plantea la recurrente, la AFP Colfondos S.A., tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS; así mismo la AFP Protección S.A. y la AFP Porvenir S.A. deberán asumir el pago de las cuotas de administración que descontaron en el periodo en que el accionante estuvo afiliada a ellas.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante



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

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrado con la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO.- CONDENAR a COLFONDOS S.A. Pensiones y Cesantías, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante.

TERCERO.- CONDENAR a PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de los recursos que descontó por



concepto de cuotas de administración, respecto de los aportes que se efectuaron a favor de la demandante.

CUARTO.- ORDENAR a **COLPENSIONES** recibir las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.

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

SEXTO.- COSTAS. En primera instancia a cargo de la AFP Protección S.A. y sin lugar a su reconocimiento en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 026 2019 00774-01. Proceso Ordinario Yanquele Alberto Ordoñez contra Colpensiones y otra (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 25 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida; se condene a la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar los aportes realizados en su favor junto con los rendimientos causados, el valor total del bono pensional y todas las sumas adicionales a la Administradora Colombiana de

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

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 18 de octubre de 1962, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 29 de septiembre de 1990 hasta el año 2003, cuando la AFP Colfondos a través de uno de sus asesores comerciales la invitó a trasladarse.

Afirma que al momento de su afiliación a la AFP Colfondos no se le informó de manera completa, clara, suficiente, eficaz, completa, oportuna y comprensible las implicaciones que tendría su traslado de régimen; ni le informaron que su regreso al régimen de prima media con prestación definida sería limitado.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP Colfondos S.A. y no probó algún vicio en el consentimiento; agregó que no es procedente aceptar el traslado de la demandante de cuando con lo que al efecto establece el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 en su literal e). Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Por su parte la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías aduce que el traslado del demandante se produjo en virtud del derecho a escoger libremente un fondo de pensiones y que brindó a través de sus asesores comerciales una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la

¹ Cfr fls 73 a 81



obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, prescripción, entre otras.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del mes de marzo de 2003 y como consecuencia de ello condenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos causados, sin lugar a efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

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

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es



obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

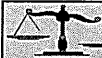


injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento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

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

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

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



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

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE

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

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05-026-2019-00774-01. Proceso Ordinario Yanquele Alberto Ordoñez contra Colpensiones y Otra (Sentencia Segunda Instancia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado
*Solvo parcialmente
veto*