



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 009 2017 00731 01. Proceso Ordinario
Claudia Isabel Rojas Rodríguez contra Fondo de Pensiones y Cesantías
Protección S.A. (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las accionadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el día 18 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare de la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; se condene a Protección S.A. al pago de los perjuicios causados y los intereses de mora, o en su defecto al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que estando afiliada al Instituto de Seguros Sociales se trasladó a la AFP Porvenir S.A., luego de asistir a reunión en la que se le informó que tenía que trasladarse a dicho fondo en cuanto el ISS desaparecería y perdería su ahorro pensional.

Agregó que el representante de la AFP Porvenir S.A. le indicó que en el régimen de ahorro individual se pensionaría cuando quisiera y sin el requisito mínimo de la edad y le garantizó que el valor de su mesada pensional sería superior a la que recibiría en el ISS.

Indicó que el representante de la AFP Porvenir S.A. no le informó que debía acumular un capital mínimo, ni los criterios que utilizarían para liquidar su pensión de vejez, así como tampoco las ventajas y desventajas de trasladarse a dicho régimen.

Señaló que el 25 de enero de 2006 nuevamente se le ordenó trasladarse a la AFP Protección S.A. sin que para dicho momento se le brindara la información de los requisitos de la pensión de invalidez y de vejez.

Una vez notificada la accionada contestó la demanda en oposición a las pretensiones para lo cual adujo en esencia que la demandante de forma libre y voluntaria solicitó su traslado al fondo de pensiones Colmena AIG el 13 de diciembre de 1999, recibiendo asesoría clara, precisa y suficiente frente a las ventajas y desventajas del traslado de régimen. Propuso en su defensa las excepciones que denominó declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe de la parte demandada y prescripción.

Mediante providencia del 3 de mayo de 2019 se dispuso la vinculación en condición de litisconsorte necesario de Colpensiones, entidad que dio respuesta



a la acción y propuso en su defensa las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción, entre otras.

La *aquo* declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 13 de diciembre de 1999 y como consecuencia de ello, condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual sin descuento alguno por concepto de gastos de administración y seguros previsionales; y ordenó a Colpensiones reactivar su afiliación y recibir los valores trasladados.

Para arribar a la anterior determinación, consideró en esencia, que no se acreditó que la AFP Colmena, hoy Protección, en el año 1999 le hubiere indicado a la demandante las características ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado; lo que de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia era carga probatoria de la hoy demandada Protección S.A.

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

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de Colpensiones indicó que dentro del plenario no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente asunto; puesto que no existía una expectativa legítima para la actora en tanto que al momento del traslado contaba con menos de 750 semanas, le faltaban



más de 20 años para acceder a la pensión y no era beneficiaria del régimen de transición, para que procediera su retorno en cualquier tiempo.

Solicita se tenga en cuenta la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira del 17 de enero de 2017, en la que se indicó que la simple manifestación de inconformidad frente al valor de la pensión a recibir, no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado lo hizo movida por un engaño o una equivocada información por parte del fondo.

Agregó que para el momento en que se produjo el traslado de la demandante los fondos tan solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado; y en razón a ello no hay lugar a declarar la ineficacia solicitada, pues lo que existió fue desinterés o descuido por la demandante quien decidió continuar cotizando de manera libre y voluntaria al RAIS.

Por su parte el apoderado de a AFP Protección S.A. solicita se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, en cuanto se ordena a su representada la devolución de los gastos de administración; para lo cual aduce en esencia que la Ley 100 de 1993 en su artículo 20, estableció que todos las entidades administradoras de pensiones de origen público o privado tendrían derecho al cobro de una comisión para su funcionamiento.

Agrega que tal precepto fue ratificado por la Ley 797 de 2003 y que los dichos gastos redundaron en los rendimientos que tiene la cuenta de la demandante a la fecha; por lo que en virtud del principio de igualdad y de restituciones mutuas, la demandante debe retribuir dicha gestión, o de lo contrario tendría que devolver los rendimientos generados; máxime cuando Colpensiones estos no se generan.



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 del 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 apoderado de Colpensiones, conforme con el cual, era la demandante quien debía demostrar la existencia de algún vicio.



Así quedó explicado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue reiterada en múltiples

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

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

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

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

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

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

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, tal como lo indicó la servidora judicial de primer grado, 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, en realidad fue deseo del afiliado aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En tal sentido, 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 AFP Colmena, Hoy Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante; sin embargo de



los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a dicho monto pensional, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que se desprende de lo que al efecto establecía el Decreto 663 de 1993 para el momento de la afiliación.

Además, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino que se debe 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 se insiste en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

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

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colmena, hoy Protección S.A., así como aquellas que se realizaron con posterioridad, 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 Protección S.A. tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, 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 esta última cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas

adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE

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

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-010-2018-00153-01. Proceso Ordinario de Juan Nicolás Marulanda Rivera 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 Porvenir S.A. y Protección S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, el 2 de diciembre de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia o nulidad de su traslado a la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de las anteriores, se condene a la demandada a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos, rendimientos e intereses, junto

con los gastos de administración, manteniendo la afiliación sin solución de continuidad, actualizando la historia laboral y las costas del proceso; de forma subsidiaria, peticona que en caso de que el actor tenga derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, se realice el reconocimiento de la prestación por parte de la AFP, como si se mantuviera en el mismo.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 25 de octubre de 1977, en el cual cotizó un total de 825 semanas; que en el mes de junio de 2000 la AFP Horizonte se contactó con el demandante para que realizara traslado de régimen pensional, sin que se mencionaran las ventajas y desventajas del traslado al RAIS, sin mencionarle cuál sería el monto de la mesada pensional y que la misma sería inferior, así como, que se puso de presente las dificultades financieras del ISS; que el demandante elevó solicitud de traslado ante Colpensiones el 10 de marzo de 2009, la que fue negada por la entidad, bajo el sustento de que el actor se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; que se elevó solicitud de invalidación de afiliación a la AFP Porvenir S.A., la que fue resuelta el 27 del mismo mes y año, aduciendo que no cuenta con los argumentos suficientes para el traslado; que el demandante cuenta con 1539 semanas cotizadas al 7 de diciembre de 2016; que de acuerdo con la simulación pensional otorgada por Porvenir la mesada pensional del actor a la edad de 62 años sería de \$2.301.600, mientras que en el RPM ascendería al monto de \$4.668.773.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la AFP Horizonte hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a la AFP Protección S.A., ordenando efectuar el traslado de 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



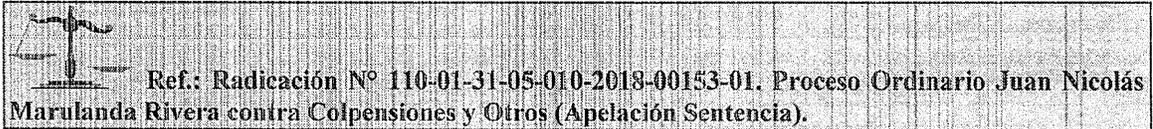
dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca hubiese existido el traslado. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada 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, disponiendo su afiliación a Colpensiones y ordenando a la entidad que en caso de que el actor cumpliera con los requisitos para el reconocimiento de la pensión, se procediera con la concesión del derecho pensional.

Inconformes con la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas Porvenir S.A. y Protección S.A., 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 se probó en el interrogatorio de parte y con las documentales allegadas por parte de Porvenir que la preparación del actor que tiene nivel de profesional de ingeniero civil no es ajustado para que le mismo menciona que firmó documento de afiliación de afán, a las carreras y no ejerció derecho de retracto en el formulario de afiliación en los 5 días siguientes y que menciona su afiliación libre y voluntaria y de anotaciones del mismo, que el actor se voluntad por voluntad y no hubo vicios de consentimiento que genere la nulidad o ineficacia, se le indicaron ventajas y desventajas de dos regímenes, y las implicaciones del traslado, con las normatividad y exigencias de la fecha fue hace 18 años primero con Porvenir, luego Protección y se devolvió a Porvenir lo que demuestra su

voluntad de pertenecer al RAIS, término en el que no manifestó inquietud alguna y sus traslados eran entre AFP pudiéndose trasladarse directamente a Colpensiones, lo que no hizo y elevando solicitud su traslado tarde a Colpensiones por fuera de la ley 797 de 2003, esto es, dentro de los 10 años previos a cumplir la edad de pensión. De igual forma, señaló que la Ley establece obligaciones al actor tales como asesorarse, informarse y tener en cuenta los tiempos de ley, actuar con diligencia y cuidado, situaciones que no fueron acreditadas por el demandante, más aún, cuando no está en presupuestos de régimen de transición y ya solicitó el trámite y reconocimiento de la pensión de vejez. En igual sentido, señaló que no es ajustado reconocer intereses por parte de la AFP, pues la misma no ha incurrido en moratoria o condenar a la indexación y devolución de aportes, ya que se generaría una condena doble o triple por un mismo concepto y que enriquece al actor y empobrece a la demandada respecto de recursos destinados a seguridad social y con protección constitucional. Tampoco se ajusta la devolución de los gastos de administración, pues la encartada ha administrado los dineros del actor con diligencia y cuidado a tal punto que se reflejan en rendimiento del actor, así como que los mismos fueron causados en vigencia de la afiliación, por lo que se deben desestimar las súplicas de la demanda.

La apoderada de Protección S.A., interpuso recurso de apelación solicitando se revoque el numeral 4º de la parte resolutive, por cuanto la condena a la devolución de gastos de administración y pago de seguros previsionales son improcedentes, ya que la comisión de administración tiene fundamento legal en la ley 100 de 1993 en el artículo 20, el que fue modificado por el artículo 7º de la ley 797 de 2003. Que al ordenarse devolver los gastos de administración indexados como lo dispuso el aquo, estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa en favor del actor, al recibir rendimiento por la gestión de demandada sin reconocer o pagar por la gestión adelantada, en



detrimento de la AFP Protección, privilegiando al actor con la declaratoria de nulidad, pese a que el formulario de afiliación fue suscrito de suscrito de buena fe por Protección y por tanto se deben revocar las condenas impuestas en contra de tal encartada.

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



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 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 la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., debieron 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 confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad 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 Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quienes tienen 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 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, situación que incluso se advierte respecto de dicha administradora de pensiones, ya que tampoco dejó constancia de la asesoría brindada al demandante al momento de efectuarse el traslado, sin que se realice su devolución de forma indexada, pues eventualmente se estarían tasando unos perjuicios que impedirían a Colpensiones reclamar vía judicial o administrativa el posible reconocimiento del derecho pensional, por lo que se revocará la decisión parcialmente en dicho sentido.

En igual sentido, debe indicarse que no se puede acoger el dicho de las impugnantes, que no es posible ordenar la devolución de los gastos de administración por encontrarse establecidos en la Ley, pues si bien tal argumento es cierto pues está contenido en la Ley 100 de 1993 y en la Ley 797 de 2003, también lo es, que se reitera que quien debe sufrir los perjuicios de la falta al deber de información son las AFP que no la suministraron y como quiera que los gastos y cuotas de administración eran un componente tanto de la cotización mensual, como parte de su rendimiento, las mismas deben devolverse en su integridad al Régimen de Prima Media con Prestación definida como si no se hubiere efectuado el traslado.

De igual forma, tampoco se puede acoger el dicho que por tiempo que permaneció el actor en el RAIS, así como por la profesión que ostenta se puede deducir que recibió la totalidad de la información, ya que si bien dado su nivel de estudios así como los traslados efectuados pudieron brindar un mayor conocimiento acerca de algunas de las ventajas del



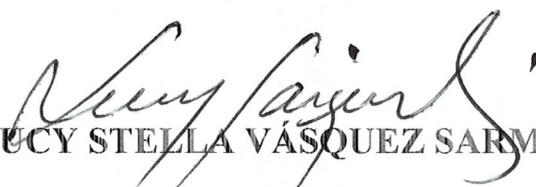
Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, también lo es, que la falta al deber de información se materializa a partir del momento en el que el demandante realizó su afiliación y traslado a las administradoras privadas, más no respecto al de haber obtenido dicho conocimiento con posterioridad. La anterior decisión, guarda relación, con que si bien la demandada la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., afirmó que el actor se encuentra en trámite de pensión por parte de dicha administradora, también lo es, que en el proceso no se encuentra documento alguno que acredite la calidad de pensionado del señor Juan Nicolás Marulanda Rivera, pues lo único que se aportó al paginario fue el trámite que se le empezó a realizar respecto de la emisión y negociación del bono pensional, más no la concesión definitiva del derecho, por lo que no es posible acoger el criterio jurisprudencial emitido por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que ha referido la imposibilidad de declararla ineficacia en el caso de las personas que ya se encuentran pensionadas por la AFP, ya que no existe certeza respecto de tal condición.

Ahora bien, 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 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. Cotas en primera instancia a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y las de esta instancia a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como del Fondo de Pensiones y Cesantías 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: REVOCAR PARCIALMENTE** los numerales **TERCERO** y **CUARTO**, en el sentido que la devolución de las cuotas y gastos de administración **NO** se realice de forma indexada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **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: COSTAS** en primera instancia en la forma establecida por la aquo y las de esta instancia a cargo únicamente de la la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; fíjense como agencias en derecho la suma de \$600.000.00. para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

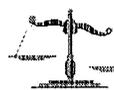


Ref: Radicación N° 110-01-31-05-010-2018-00153-01. Proceso Ordinario Juan Nicolás Marulanda Rivera contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Sdo Vega
parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

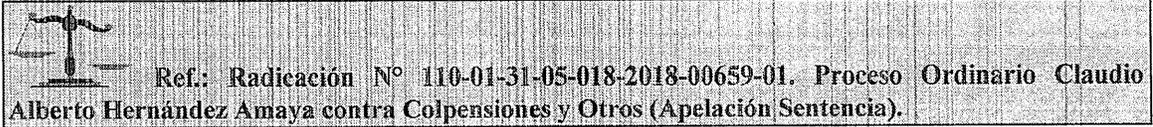
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-018-2018-00659-01. Proceso Ordinario de Claudio Alberto Hernández Amaya 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 frente a la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de julio 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 o ineficacia de su traslado a la AFP Porvenir S.A., junto con el traslado horizontal efectuado a Old Mutual, y como consecuencia de las anteriores, se condene a Old Mutual 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 y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 21 de octubre de 1960; que cotizó con anterioridad al traslado un total 854.57 semanas y contaba con más de 36 años de edad; que se trasladó a la AFP Pensionar hoy Porvenir en el mes de octubre de 1996, no obstante, no se le informó a la demandante acerca de que se trataba de un régimen de capitalización, ni acerca de las desventajas del régimen pensional, ni realizó escenarios comparativos entre los regímenes pensionales, pese a que la AFP tenía conocimiento de la densidad de semanas cotizadas y del salario devengado, que para la fecha era la suma de \$2.842.500; que en el mes de mayo de 2009 suscribió formulario de afiliación con Old Mutual; que radicó derechos de petición los días 1º, 2 y 7 de noviembre de 2018 a Porvenir, Old Mutual y Colpensiones solicitando la nulidad de traslado, no obstante las entidades no accedieron a la pretensiones de la actora.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Old Mutual, ordenando a la Old Mutual y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a efectuar el traslado de 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, con cargo a cada una de las AFP y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca hubiese existido el traslado. 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

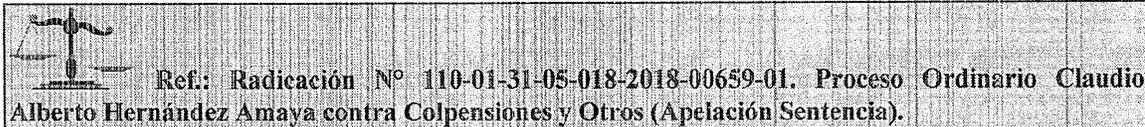


prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, disponiendo su afiliación a Colpensiones.

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

La apoderada de Old Mutual solicitó se revoque el numeral 2° en especial en lo concerniente con los gastos de administración, teniendo en cuenta que lo que se busca es retrotraer las actuaciones como si nunca hubieren existido, por lo que los rendimientos financieros del RAIS no se causan en el RPM y se obliga a devolver gastos de administración y rendimientos, no obstante o se tiene en cuenta que los gastos de administración son descuentos efectuados por obligación normativa conforme lo establece la Ley 100 de 1993, y son una contraprestación para las pólizas de invalidez y muerte y para gastos de manutención de la cuenta de ahorro individual que está a nombre del afiliado. Aunado a lo anterior, los gastos de administración son un detrimento de la compañía, que no están en sus arcas y se genera un enriquecimiento del demandante. Ahora, si bien existe la figura que evita la depreciación de moneda con el paso del tiempo, la misma es insuficiente para aplicar tal figura, pues existen los rendimientos, y castigan a la demandada por cumplir la ley.

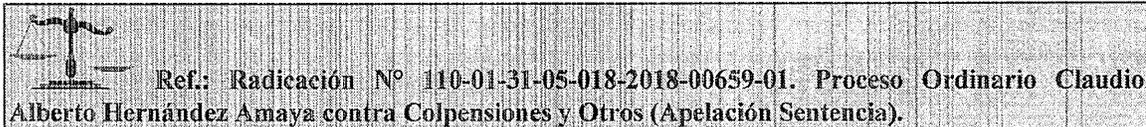
Por su parte la apoderada de porvenir, interpuso recurso de apelación frente a los numerales 2° y 5°, en lo atinente con los gastos de administración, bajo el sustento que Porvenir fue un tercero de buena fe que no estuvo al momento de la afiliación y no conoce la información que se brindó al momento del traslado, pues el mismo fue horizontal, lo que genera que tampoco haya lugar a imponer condena en costas, toda vez que no se podían negar recibir al afiliado conforme con el artículo 271 de ley 100 de 1993.



Aunado a lo anterior, sostiene que conforme con el inciso 2 de artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se destina un 3% para financiar los gastos de administración, ello para las contingencias de la pensión invalidez y sobreviviente y no forman parte de la pensión de vejez estando sujetos a la prescripción, enfatizando que la Superintendencia Financiera en concepto indicó de forma expresa cuales dineros se debían transferir a Colpensiones por nulidad o ineficacia, sin mencionar dentro de ellos los gastos de administración o la pólizas de seguro, situación que se acompasa con lo indicado en la Ley 100 de 1993, por lo que se debe revocar la sentencia proferida en contra de dicha encartada.

El apoderado de la encartada Colpensiones solicitó se revoque las condenas proferidas en atención a que traslado de la demandante se hizo conforme con la norma vigente al momento del traslado, aunado con que en el interrogatorio de parte demostró tener conocimiento amplio y suficiente sobre características del RAIS, tanto así que hacía aportes voluntarios con el fin de disminuir retención en fuente, así como tener conocimiento acerca de cómo se manejaba el ahorro, pues dijo que conocía que las cotizaciones efectuadas eran de la cuenta de ahorro individual y si bien no contestó a la pregunta referente a la coacción, pues divagó en su respuesta, da a entender que no hubo ningún vicio en el consentimiento o coacción de parte de Old Mutual, así como que no hizo preguntas y no indagó más allá en el traslado primigenio. De igual forma, manifiesta que el actor se encuentra dentro de la prohibición legal de la Ley 797 de 2003 para realizar el traslado, ya que le faltan menos de 10 para adquirir la edad de pensión. Finalmente, y en caso de confirmarse la decisión, de forma subsidiaria solicitó confirmar la sentencia frente a la devolución de gastos de administración y rendimientos financieros, conforme fue ordenado por el aquo.

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, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

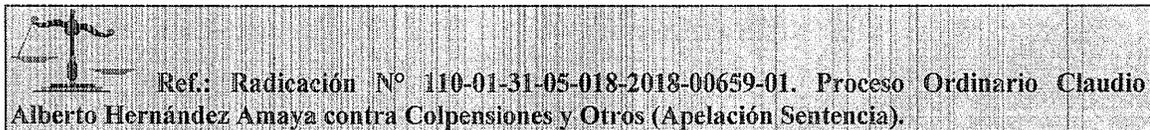
CONSIDERACIONES

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



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que

seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que al AFP Pensionar hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., así como la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debieron 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 confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Pensionar hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., así como el traslado

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

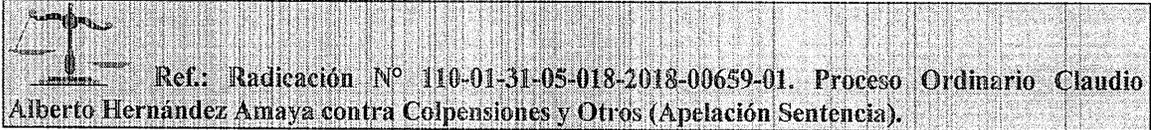
Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados, dentro de los cuales se incluye lo concerniente con la prescripción de los gastos de administración, ya que tales aportes hacen parte de la cotización mensual del afiliado y por ello constituyen presupuestos indispensable para el reconocimiento de la prestación.

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 Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quienes tienen 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 cobrados en vigencia de la afiliación de la 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, situación que incluso se advierte respecto de la administradora de pensiones que realizó el traslado horizontal, ya que tampoco dejó constancia de la asesoría brindada al demandante al momento de efectuarse la afiliación.

Ahora bien, debe indicarse que no es posible acoger el dicho de la demandada en lo referente con la prohibición legal de traslado contenida en la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, por encontrarse el actor a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional, pues bajo la figura de la ineficacia del traslado, se entiende que el traslado nunca se materializó y por tanto no estaría en curso de tal prohibición. Así mismo, tampoco respecto a que el actor tenía conocimiento acerca del RAIS conforme se puede extraer del interrogatorio de parte rendido, teniendo en cuenta que si bien enuncia una serie de características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como que realizó unos aportes voluntarios, ello no conlleva a que se haya brindado una completa información, pues no se le indicaron las características del RPM, ni las desventajas de efectuar el traslado, más aún, cuando el actor para el momento de realizarse el traslado contaba con 854.57 semanas cotizadas ante el ISS hoy Colpensiones.

De igual forma, se desestima el argumento expuesto por las administradoras privadas referentes a que los gastos de administración se encuentran establecidos en la Ley y por tal razón no es posible exigir su retorno en favor del afiliado, por cuanto si bien es cierto tal argumento, también lo es, que se reitera que quien debe correr con los perjuicios ocasionados con la



falta al deber de información son las administradoras del RAIS, quienes tienen el conocimiento debido para orientar o desmotivar la afiliación.

Ahora bien, 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 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. Costas de ambas instancias únicamente a cargo de las demandadas Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y de la Sociedad Administradora 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:

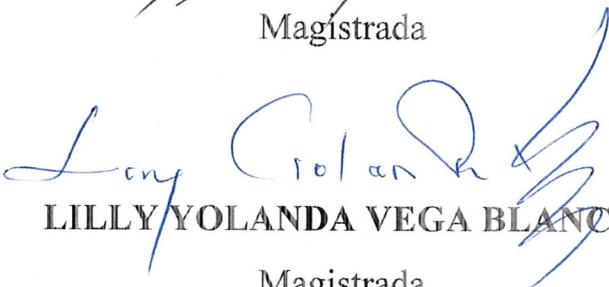
PRIMERO. AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-018-2018-00659-01. Proceso Ordinario Claudio Alberto Hernández Amaya contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fijense como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de \$600.000.00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto
parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-019-2017-00827-01. Proceso Ordinario de Emilcec Rojas Malagón 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 19 Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de noviembre 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 ineficacia de su traslado a la AFP Protección S.A., junto con el traslado horizontal efectuado a Porvenir 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 y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 4 de octubre de 1961, cotizando al ISS por el período comprendido entre el 30 de octubre de 1982 y el 27 de abril de 1999, aportando un total de 726.57 semanas, teniendo como expectativa su derecho pensional a la edad de 57 años y con 1300 semanas; que se trasladó a la AFP Protección el 1° de octubre de 1999, no obstante, al momento de la asesoría no se presentaron proyecciones pensionales, ni se informó acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, que se le indicó que podía pensionarse a la edad que quisiera, que su derecho pensional se vería afectado con la desaparición del ISS, entidad en la que cotizó hasta el 30 de abril de 2003, un total de 180 semanas; que se trasladó a Porvenir S.A. el 1° de mayo de 2003, entidad a la que se encuentra afiliada y ha cotizado un total de 634 semanas, conforme el reporte de historia laboral emitido el 11 de septiembre de 2017; que cuenta con 1.540,57 semanas cotizadas en su vida laboral; que se solicitó informe de rentabilidad ante Porvenir S.A. y Protección S.A. el 25 de agosto de 2017, obteniendo respuesta por parte de la primera de las mencionadas mediante oficio de fecha 11 de septiembre de 2017, quien le indicó a la edad de 57 años obtendría una mesada pensional equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, pero que si mantenía la cotización, a la edad de 60 años, su mesada sería por el monto de \$977.000 y que eventualmente, podría ser por la suma de \$1.054.100, mientras que Protección guardó silencio, no obstante en el régimen de prima media con prestación definida la mesada sería por la suma de \$2.424.958; que elevó solicitud ante Protección, Porvenir y Colpensiones su traslado, los que fueron denegados.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., ordenando a esta última efectuar el traslado de 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, como si nunca hubiese existido el traslado. 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, 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.

El apoderado 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 al declararse la ineficacia del traslado, correría la misma suerte los traslados horizontales al no darse el deber de información, no obstante, la línea jurisprudencia no puede considerarse de forma automática, ya que los supuestos fácticos no son los mismos y en esos casos particulares se renunció al régimen de transición o contaban con expectativas pensionales, enfatizando que si bien la Corte ha considerado que no se debe descartar la ineficacia o nulidad por no contar con



expectativa al momento de traslado, sí lo es que en las aclaraciones de voto han dicho que traslado de la carga de la prueba no es automático, situación que ocurre en el caso bajo estudio con ocasión de los diferentes traslados de la parte demandante, así como tampoco, se tuvo en cuenta la sentencia proferida por la Sala de Descongestión en la SL 3752 de 2020, quien consideró que traslados horizontales son actos de relacionamiento y son actos que ponen al afiliado en mayor información respecto de las ventajas y desventajas del RAIS y permiten al afiliado tener información al momento de efectuarse el traslado, por lo que se debe tener en cuenta no solo el traslado inicial, sino los horizontales entre Santander y Porvenir, a la que se encuentra vinculada y al considerar la falta del deber de información con el formulario, impone tarifa legal al momento de traslado en su primera etapa, ya que adicional al formulario, no existía exigencia por escrito de la información del afiliado y la única exigencia era la asesoría propia. Ahora bien, frente a los gastos de administración y cotizaciones adicionales, conlleva afectación al patrimonio de la demandada, pues el acto de traslado no lo hizo porvenir y si existiese perjuicio el que no fue probado en el proceso, no lo hizo porvenir, ya que esta vino a dar luces cuando estaba en el RAIS, aunado con que el reconocimiento de los mismos están contemplados en la ley 100, que aplican no solo para el RAIS, sino también del RPM. Al generar la devolución se desconoce tanto la gestión, como el pago de primas de invalidez y sobrevivencia, contingencias de las que se benefició la demandante. Frente a la excepción de prescripción, la misma se debió declararse respecto de los gastos de administración, pues tales conceptos son diferentes a la pensión, los que no tienen protección Constitucional.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones solicitó se revoque en su integridad la decisión proferida, por cuanto adujo que al momento de la decisión de la ineficacia, la misma se fundamentó en la falta del deber de



información que tenía protección al momento de suscribir el formulario, pero para el año 1999, que era la realidad del momento, no era otra que Ley 100 de 1993, que disponía de la voluntad libre y expresa del afiliado al suscribir el formulario de afiliación, lo que se demostró a plenitud en el proceso. Así mismo, por cuanto para la fecha de traslado no existía la Ley 1748 de 2014, ni el decreto 2079 de 2015, por lo que no es razonable imponer a las administradoras requisitos adicionales al momento del traslado, pues estaría en contra de confianza legítima y debido proceso y exige además, el ajuste de las normas pre existentes del caso que se juzga. De igual forma, no hay justificación alguna de exigir normas inexistentes y vulnera debido proceso de Colpensiones, entidad que en últimas responde por el derecho pensional de la demandante, ello por no tenerse en cuenta al momento de la sentencia el principio de la relatividad jurídica, ya que Colpensiones es un tercero y los efectos del acto jurídico es inter partes y solo redundan entre las partes involucradas. Ahora bien, como la carga de la prueba recae en cabeza de la AFP y al traer las sentencias de la corte, encontramos que hasta 2016 el único medio de prueba era la suscripción del formulario, ya que las leyes entre 1994 y 2016 no exigían documento diferente al formulario.

Aunado a lo anterior, se observa una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, pues en las jurisprudencias se advierte la irracionalidad de la carga de la prueba, sin que tenga que demostrar error, fuerza o dolo, sin que se deba demostrar un esfuerzo menor por parte de la afiliada. Ahora bien, debe resaltarse que en el interrogatorio de parte de la demandante pese a que no se acuerde de la información que recibió hace más de 20 años, no quiere decir que no se le suministró, más aún, cuando la actora cuenta con más de 59 años de edad y permaneció más de 20 años, advirtiéndose que Colpensiones se afectaría con la sostenibilidad financiera del sistema conforme con la Ley 797 de 2003 y el A.L. 01 de 2005, los que



establecieron la prohibición de proteger al fondo común y generar un desequilibrio patrimonial, ya que los recursos que percibe ni siquiera son suficientes para las pensiones conforme con sentencia C 1024 de 2004, manteniendo el periodo de carencia, siendo beneficiarios tan solo las personas que se han mantenido afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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



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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 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



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.

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).

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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados, dentro de los cuales se incluye lo concerniente con la prescripción de los gastos de administración, ya que tales aportes hacen parte de la cotización mensual del afiliado y por ello constituyen presupuestos indispensable para el reconocimiento de la prestación.



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 la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración cobrados en vigencia de la afiliación de la 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, situación que incluso se advierte respecto de dicha administradora de pensiones, ya que tampoco dejó constancia de la asesoría brindada a la demandante al momento de efectuarse el traslado.

En igual sentido, debe indicarse que no se puede acoger el dicho de las impugnantes, 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 y la posible afectación que se originó con el negocio jurídico suscrito entre la demandante y la Protección S.A., 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 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.

Finalmente, debe indicarse que tampoco es posible acoger el dicho de la AFP Porvenir, en el sentido de que con ocasión de los múltiples traslados se convalidaría la falta de información, pues si bien con ocasión de los mismos se puede tener un mayor conocimiento del RAIS, también lo es, que la falta al deber de información se predica del momento en que se originó el traslado primigenio y no de los posteriores.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin cotas en primera instancia y las de esta instancia quedarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora 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,

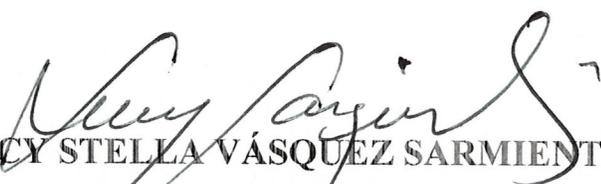


RESUELVE:

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. SIN COSTAS en primera instancia 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, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Sdun veta
porciel*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 11001 3105 021 2019 00493 01 Proceso Ordinario de Jorge Enrique Riveros Ríos contra la Administradora Colombiana de Colpensiones y Otros. (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos los apoderados de las demandadas; así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 29 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual por la omisión en el deber de información y que como consecuencia de ello continúa afiliado al régimen de prima media con prestación definida; se ordene a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación.

En lo que interesa al asunto como sustento de sus pretensiones indicó que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 13 de septiembre de 1983 y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. el 1° de agosto de 1998.

Indicó que al momento de su traslado de régimen no recibió la asesoría en la que se le informara con claridad y precisión las consecuencias del cambio de régimen, en la que en especial se le explicaran las ventajas y desventajas del cambio de régimen; razón por la que la AFP Porvenir S.A. violó el deber de información, así como los principios de buena fe y transparencia.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo en esencia que cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional; y que en tanto se plantea la existencia de un vicio el consentimiento, le corresponde es al demandante acreditar los supuestos en el mismo se funda. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Colpensiones adujo en esencia que no se aportó prueba de que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o que se es esté en presencia de algún vicio en el consentimiento, solicita además se tenga en cuenta que el accionante no es beneficiario del régimen de transición. Propuso en defensa las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, prescripción de la acción labora, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual el 31 de julio de 1998 y como consecuencia y como consecuencia de ello declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrador por Colpensiones; condenando a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales recibidos con ocasión a la afiliación del demandante y por último ordenó a Colpensiones a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que, de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral, los administrados de fondos de pensiones tienen la obligación de suministrar información clara, completa y comprensible acerca de las situaciones específicas de los regímenes pensionales; de igual forma las consecuencias que pueden dar a lugar con dicho traslado; y que en tal sentido le correspondía a la AFP Porvenir S.A. demostrar que suministró la información correspondiente al demandante al momento del traslado, lo que consideró no se encontraba acreditado en debida forma, pues para ello no basta el formulario de afiliación.

Inconformes con la determinación la apoderada de Colpensiones y el apoderado de la AFP Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación el cual les fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. solicita se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones.

Aduce al efecto que el demandante se trasladó de régimen de forma libre y voluntaria y que en tal acto su representada cumplió los requisitos que le eran exigidos en la normatividad vigente para la época en que éste se produjo; pues afirma se le suministró una información suficiente y veraz de las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS, tal como se puede establecer del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, y en el formulario de afiliación, el que afirma cumplía con los requisitos de ley y las exigencias de la Superintendencia Bancaria.

Indica en el mismo sentido, que la información tan rigurosa a la que hace alusión la servidora judicial de primer grado no se le exigía a su representada al momento del traslado, sino que surgió con posterioridad al traslado de régimen del demandante, con las sentencias a que se hizo alusión y varias normas posteriores, como el Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015.

Sostiene que el Decreto 692 de 1994 en su artículo 5° establece que las personas que cumplieran con los requisitos para afiliarse al RAIS no podrían ser rechazadas por las personas que administran el sistema; de manera que una vez elegido el régimen pensional por parte del afiliado hoy demandante y diligenciado el formulario, el que afirma no es dispuesto por la Administradora, no le era posible a su representada negar o rechazar la solicitud de afiliación.

Señala que, de acuerdo con lo anterior, la verdadera intención del Legislador fue dejar en cabeza del afiliado, la posibilidad de elegir el régimen pensional al que quiere pertenecer, sin que se le pueda imponer o condicionar su escogencia.

Agrega que no toda omisión en la información puede afectar el consentimiento, pues además de establecerse la incidencia que tenga en el caso particular, pues se requiere que la misma produzca un daño cierto en el afiliado, lo que a su

juicio no se puede establecer con la diferencia eventual en los montos de las pretensiones que otorgan los regímenes pensionales.

Indica que durante su afiliación el accionante contó con varias oportunidades para revertir su decisión de cambiar de régimen pensional a pesar de que contaba con la posibilidad de trasladarse de régimen cada 3 años de acuerdo con lo que al efecto establecía el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de lo que a su juicio es posible concluir que siempre tuvo un interés en mantenerse vinculado al RAIS.

Aduce que también es importante tener en cuenta que el demandante manifestó que conoció de muchas de las informaciones acerca del ISS por medios de comunicación y de prensa; y que la posibilidad de traslado se dio a conocer a través de la opinión pública por parte de la Superintendencia Financiera en la Circular 001 de 2004 y por parte de Asofondos hizo pública dicha posibilidad en un diario de amplia circulación nacional.

Concluye en tal sentido que el demandante contó con varias oportunidades legales para retornar al régimen de prima media con prestación definida de las que a su juicio es forzoso entender tenía conocimiento por estar establecidas en disposiciones legales de público conocimiento; y que alegar lo contrario implica justificar y excusar la ignorancia de la Ley.

De otra parte, en lo que tiene que ver con la devolución de los gastos de administración, aduce que ello no resulta viable, puesto que por mandato legal tales sumas tienen una destinación específica que cumplió su cometido en el periodo en que el demandante se a mantenido vinculado al RAIS, de manera que dichas sumas ya fueron invertidas en la forma exigida en la Ley y ya no se encuentran en poder de su representada.

Considera que no tiene sentido y no corresponde con las normas que regulan las disposiciones mutuas en casos de nulidad de un acto jurídico que a la persona que se le ordena restituir un bien, igualmente se le ordene devolver las sumas que se le invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo, en cumplimiento de un deber legal.

Por su parte la apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión recurrida y se absuelva a su representada; para lo cual aduce en esencia que no se acreditó dentro del proceso la existencia de alguno de los vicios en el consentimiento que establece el artículo 1740 del Código Civil.

Aduce que se está en presencia frente a un error de derecho que no tiene fuerza para repercutir en la eficacia del acto jurídico en virtud del cual el demandante se trasladó de régimen pensional.

Aduce que la interpretación que efectúa la Corte del artículo 1604 del Código Civil, hace que la responsabilidad de los fondos de pensiones, se convierta en objetiva; pues no le exige al demandante soporte acerca de la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, y si obliga a que toda la carga recaiga en los fondos; lo que a su juicio quiebra la lógica de las cargas probatorias, frente a este tipo de procesos y que el Decreto 2241 de 2010 establece las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al sistema general de pensiones.

De otra parte indicó que la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 de 2004, SU062 de 2010 y SU130 de 2013, en materia de traslado manifestó que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, dado que el régimen de prima media con prestación definida se descapitalizará.

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 Zuluaga¹, posición que fue

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del

reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias referidas.

afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

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

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

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

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

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que 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. Máxime cuando la negación de la falta de suministro de la información es de carácter indefinido y por ende al tenor de lo que prevé el artículo 167 del C.G.P. no requieren prueba.

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 al absolver interrogatorio de parte el demandante indicó que se le brindó cierta información relacionada con algunas características del RAIS, como que sus aportes generarían unos rendimientos financieros y que la prestación se reconocería de acuerdo con el capital ahorrado; ello no permite establecer que se hubiere brindado una información suficiente y completa acerca de las características y condiciones en que se reconocería el derecho pensional en dicho régimen pensional, máxime cuando tampoco se advierte que tales condiciones se hubieren analizado en relación con el caso particular de la demandante. 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 Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, 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. Obligación que, que contrario a lo que plantean los recurrentes, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97.

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 adocrinó que de acuerdo con lo que al efecto 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 tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las implicaciones del 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 Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que refiere el apoderado de la AFP Porvenir, y la apoderada de Colpensiones, 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 sea 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, pues conforme lo ha reiterado la máxime Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y SL4360-2019, la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional es imprescriptible.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que la AFP Porvenir, 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.

Ahora bien, en punto a los argumentos que expone la apoderada de Colpensiones, referidos a la descapitalización del sistema, debe advertirse que, tal como lo indicó la *aquo*, 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, sin embargo como ello no quedó plasmado en la parte resolutive de la decisión de primera instancias, la misma se adicionará en dicho sentido.

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE

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

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 022 2018 00649 01. Proceso Ordinario Patricia Kim Jiménez de Dueñas contra Colpensiones y otras (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos los apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 31 de julio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un vicio en el consentimiento en el contrato de administración de pensiones, ante el ocultamiento de información por parte de las AFP Horizonte y Protección; se declare nulo el traslado de régimen pensional realizado y promovido por la AFP Horizonte, hoy



Porvenir S.A. y que como consecuencia de ello, nunca dejó de pertenecer al régimen de prima media con prestación definida; se condene a la AFP Protección S.A. al traslado de los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual con solidaridad a Colpensiones y se condene a esta última a aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que cotizó al ISS desde el 17 de abril de 1989 al 31 de mayo de 1994; se trasladó del régimen de prima media con prestación al régimen de ahorro individual con solidaridad el 30 de enero de 1996, dirigiendo sus aportes a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. y que el 8 de agosto de 2006 se trasladó a la AFP Protección S.A.

Indicó que al momento de su traslado las administradoras de fondos del régimen de ahorro individual, le indicaron que se pensionaría con un monto mayor al que obtendría en el ISS y que además accedería al derecho más temprano; pero nunca le ofrecieron elementos de juicio ni información veraz acorde con su situación.

Señaló que se afilió al fondo de pensiones y cesantías Horizonte S.A. con la confianza y certeza que sus beneficios pensionales serían favorables que los ofrecidos por el ISS.

Una vez notificadas la accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ indicó que para el momento del traslado no existía norma que exigirá a las AFP's que documentaran la información brindada a los potenciales afiliados, pero ello no quiere decir que no se le hubiera suministrado de forma verbal. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida,

¹ Cfr fls 51 a 70.



prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la causal alegada, entre otras.

Por su parte la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. en su defensa indicó que la asesoría suministrada a la demandante fue completamente veraz y se realizó de conformidad con la normatividad existente en la época. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

En similar sentido la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.² sostuvo que la información suministrada a la demandante al momento de su traslado se encontraba acorde con las disposiciones legales de la época y por la vigilancia y control que ejerce la Superintendencia Financiera.

La *aquo* declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 30 de enero de 1996 y como consecuencia de ello, condenó a la AFP Protección S.A. a remitir a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, y gastos de administración, y a Porvenir a remitir los dineros que recibió por concepto de gastos de administración durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada.

Conclusión a la que arribó al considerar en esencia que la AFP Porvenir S.A. no acreditó que hubiera suministrado la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, obligación que aduce tenían dichas administradoras desde su

² Cfr fls 153 a 160.



creación, de acuerdo con el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la AFP Provenir S.A. adujo que no resulta procedente la ineficacia en la afiliación, en cuanto la AFP Horizonte brindó la información de forma clara y veraz a la demandante al momento del traslado.

Solicita se tenga en cuenta que en el salvamento de voto presentado por el Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, se indicó que no se debe acceder de manera indiscriminada a todas las solicitudes de declaratorio de nulidad o ineficacia del traslado, sino que se debe revisar en cada caso en particular las singularidades que cada caso tiene.

Aduce que dentro del proceso no se acreditó dolo en el proceso de afiliación, puesto que el proceso fue totalmente voluntario, condición que a su juicio resulta necesaria para declarar la ineficacia del traslado que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Sostiene que la Ley 797 de 2003 consagró la prohibición legal frente a la oportunidad del traslado, la cual fue sometida a estudio de constitucionalidad, y que en el asunto al momento en que la accionante quiso generar el proceso de traslado contaba con menos de 10 años para ello.

Afirma que no es de recibo que se acuda a una supuesta falta de información cuando era deber de la demandante mantenerse conocedora de su derecho



pensional, de acuerdo con los deberes que tenía como consumidor financiero, el cual le impone la debida diligencia y cuidado al momento de tomar decisiones.

Agrega que para el momento del traslado no se le exigía la documentación de la información suministrada, lo que señala se comenzó a exigir tan solo a partir del año 2014.

En relación con la devolución de los gastos de administración señala que de acuerdo con el concepto 116 del 2020 de la Superintendencia Financiera, los gastos de administración no se deben entregar porque no corresponden al afiliado, pue no están destinados a incrementar la mesada pensional, sino que corresponden a gastos operativos causados por la gestión adelantada, por lo que su devolución genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Por su parte el apoderado de la AFP Protección se opone a la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, para lo cual aduce en esencia dicho cobro se encuentra autorizado por la Ley 100 de 1993, para satisfacer los gastos operacionales que tienen estas administradoras.

Sostiene que de acuerdo con el artículo 1746 del Código Civil, hace alusión como se debe generar un reconocimiento entre las partes, por la estimación que se haga de los beneficios que haya tenido los dineros depositados por la accionante ante su representada en virtud de las restituciones mutuas; y que tal sentido dentro del proceso se acredita que la cuenta de ahorro individual de la accionante tiene acreditado unos rendimientos tendientes a la financiación de su mesada pensional, cuya única justificación de existencia se debe a la actividad financiera de su representada desde cuando se legalizó la afiliación de la accionante.



Sostiene en el mismo sentido, que como esos dineros no se encuentran destinados a la financiación de la prestación de la demandante, su traslado constituye un enriquecimiento sin causa a favor de esta última.

Finalmente, el apoderado de Colpensiones solicita se revoque la sentencia de primer grado, para lo cual solicita se tenga en cuenta que la demandante se encuentra a 10 años o menos para adquirir su derecho pensional, lo que plantea contraviene lo establecido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

De otra parte, señala que su representada no se encuentra obligada a responder por actos jurídicos de terceros, en tanto desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el traslado de la demandante.

Solicita se tenga en cuenta que la condena impuesta se hace extensiva a todos los afiliados de su representada y que la demandante solicita el cambio de régimen únicamente para modificar el valor de su mesada pensional; lo que a su juicio no se puede encuadrar dentro del criterio sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en donde se plantea que el sustento de la declaratoria es la falta al deber de información.

Agrega que la determinación de la juez de primer grado genera un perjuicio irremediable al régimen público de pensiones, afectando el principio de primacía de del bien general sobre el bien particular.

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 del 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 máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición que fue reiterada en múltiples

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

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro,



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

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, tal como lo indicó la servidora judicial de primer grado, 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,

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 CSJSL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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



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, en realidad fue deseo del afiliado aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En tal sentido, 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 AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a dicho monto pensional, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que se desprende de lo que al efecto establecía el Decreto 663 de 1993 para el momento de la afiliación.



Además, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino que se debe 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 se insiste en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

Ahora bien, se advierte que, tal como lo puso de presente la servidora judicial de primer grado, la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, motivo por el que ninguna injerencia tiene la prohibición de traslado que estableció el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 para quienes les falte 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., así como aquellas que se realizaron con posterioridad, 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.



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 Protección S.A. tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, Porvenir S.A. deberá trasladar los valores que recibió por concepto que gastos de administración; 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; lo que impone la confirmación de la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

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

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

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE



BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-026-2019-00773-01. Proceso Ordinario de Ana María Botero Sanclemente contra Colpensiones y Otros (Consulta Sentencia).

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

ANTECEDENTES:

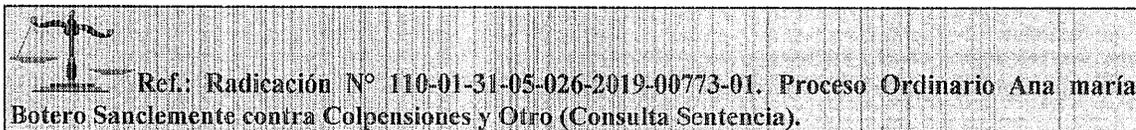
Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Colfondos S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses, activando la afiliación en dicha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

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que nació el 9 de agosto de 1966 y cumplirá los 57 años de edad, el mismo día y mes de 2023; que la actora se trasladó a Colfondos S.A. el 2 de agosto de 1994, no obstante en dicho formulario, no se indicó la administradora de pensiones anterior; que al momento de la afiliación no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que indicó tan sólo de los beneficios que le traería el régimen pensional; que Colfondos realizó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado a la edad de 57 años, arrojando como mesada pensional la suma de \$1.785.537, no obstante, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida la mesada pensional sería por el monto de \$5.386.582 y una tasa de reemplazo del 63.26%; que con las semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones acredita un total de 1.471 semanas, de conformidad con la historia laboral emitida el 10 de enero de 2018; que se solicitó la nulidad de traslado ante Colpensiones el 7 de noviembre de 2018, la que fue negada en la misma fecha por la entidad.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, ante la falta al deber de información, por cuanto no se logró acreditar por parte de la demandada el suministro de la información necesaria y precisa para que la demandante pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, y ordenando la devolución de los aportes efectuados, junto con los frutos, bonos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descuento alguno por concepto de administración y disponiendo, que Colpensiones debía recibir tales aportes y actualizar la historia laboral.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la



que la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

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

CONSIDERACIONES

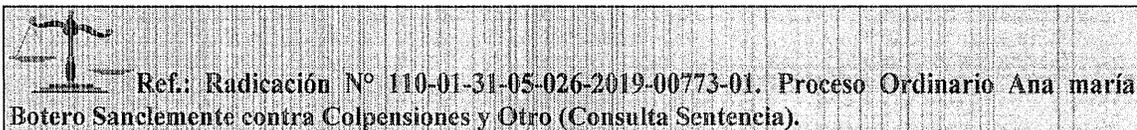
Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

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

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

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

“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro,



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

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen

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

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

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

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

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

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

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

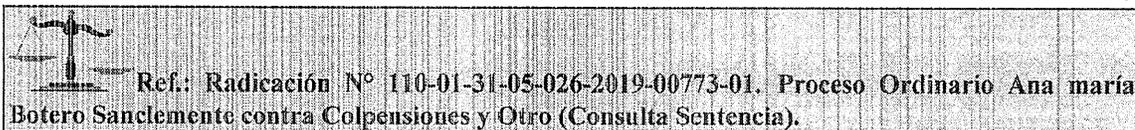
Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha

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

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

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

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



mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora bien; frente al traslado de los 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 cobrados, 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 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.

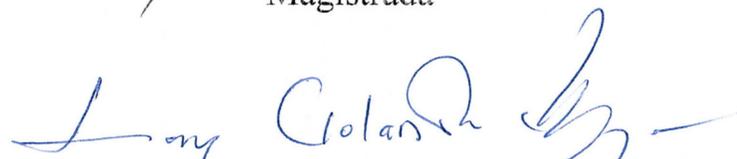
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en las instancias, dada la absolución efectuada por la aquo en primera instancia y el estudio efectuado en el grado jurisdiccional de consulta.

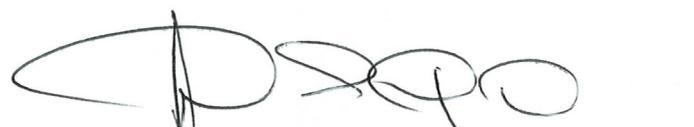


DECISIÓN:

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


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-027 2018 00667 01. Proceso Ordinario Juan Daniel Gómez Rojas contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las accionadas, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 23 de julio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad al no habersele proporcionado una información completa y comprensible acerca de su traslado, y que debe estar afiliado al



régimen de prima media con prestación definida; se condene a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al traslado de los aportes a Colpensiones y se ordene a esta última a aceptarlos y tenerlo como su afiliado sin solución de continuidad desde el 21 de septiembre de 1988.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 21 de septiembre de 1988 y se trasladó a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 10 de agosto de 1999.

Indicó que al momento en que se trasladó de régimen el funcionario de la AFP Porvenir no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la recibiría en el ISS, hoy Colpensiones y que no se elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional.

Afirmó que el funcionario de la AFP Porvenir le indicó que podía pensionarse a cualquier edad, sin explicarle la afectación que ello tendría sobre su mesada pensional y sobre el bono pensional; y tampoco le informó acerca de las desventajas de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Una vez notificadas las accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que no era procedente declarar la nulidad del traslado al RAIS en razón a que de acuerdo con las pruebas aportadas, éste se produjo por la propia decisión del demandante y que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de éste. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la

¹ Cfr fls 76 a 85



obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. sostuvo que al momento en que se produjo la afiliación a la demandante en el año 1999, se le suministró la información requerida sobre las características, ventajas, desventajas y diferencias de los dos regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993; y que se ajustó a lo establecido tanto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 como en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, compensación, cobro de lo no debido, buena fe, entre otras.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de ello, condenó a esta última a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante y ordenó a Colpensiones afiliarse nuevamente a la demandante y recibir las cotizaciones provenientes de Porvenir.

Conclusión a la que arribó al considerar en esencia que la demandada AFP Porvenir S.A., no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría dada al demandante al momento de solicitar su traslado de régimen, de acuerdo con la línea jurisprudencial sentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la AFP Porvenir S.A. y el apoderado de la entidad pública demandada, interpusieron recurso de apelación el cual les fue concedido en el efecto suspensivo.



FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

Solicita la apoderada de la AFP Porvenir S.A. se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Aduce al efecto, que la juez de primer grado dio por demostrado sin estarlo que el demandante no fue asesorado o que se le hubiera prometido una mejor pensión que en el régimen de prima media con prestación definida; dando aplicación para ello a una jurisprudencia que se dio después de 25 años de la fecha en que se produjo la afiliación y que en el caso de la sentencia 31989, no existe identidad fáctica, pues en ella se pronunció frente a un caso que no tiene ninguna cercanía con el presente asunto.

Señala que aplica el criterio jurisprudencial se está desconociendo el principio de seguridad jurídica que atañe a los administradores de justicia, puesto que se trata de un criterio que se profiere después de 20 años de la fecha en que se produjo el traslado del demandante; y que además se desconoció el contenido del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en el que se establece que cualquier persona que desee vincularse debe manifestarlo por escrito, pues en el asunto dicha manifestación se acredita con el formulario de afiliación.

Sostiene que no se analizó el caso concreto del demandante, pues no se tuvo en cuenta que su representada en misiva del 21 de mayo de 2009 le informó oportunamente al demandante acerca de la oportunidad de trasladarse al régimen de prima media, lo que a su juicio desvirtúa la falta de transparencia que se indica en la sentencia.

Por su parte el apoderado de Colpensiones solicita se revoque la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado, al considerar, de un lado, que no se tuvo en cuenta las reglas contractuales adquiridas por la demandante como consumidor financiero de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2241 de 2010, esto es, el silencio del consumidor financiero en el tiempo de una adecuada atención y una revisión constante; máxime cuando al absolver interrogatorio de parte el demandante reconoció que recibió una cantidad de papeles, y que si bien afirmó no entender, como consumidor financiero pudo asesorarse con los canales dispuestos por el fondo.

De otra parte, afirma que tampoco se consideró por parte de la servidora judicial de primer el desequilibrio que se genera a partir la afiliación del demandante a Colpensiones, pues nada se indicó que va a pasar de ahora en adelante cuando su representada tenga que asumir una pensión mayor con unos créditos obtenidos desde Porvenir, pero nada se indica de como se sustenta este tipo de pensiones más adelante.

En el mismo sentido indicó que no se demuestra porque su representada siendo ajena a dicha afiliación tiene que asumir directamente la afiliación del demandante con dichas consecuencias económicas.

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 del 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.

Con tal propósito corresponde señalar que contrario a lo que plantea la apoderada de la AFP Porvenir S.A., la aplicación de la jurisprudencia denota la integración del sistema jurídico, en la medida que precisamente la jurisprudencia tiene por función sentar un precedente de interpretación y en tal virtud, acorde con lo que al efecto establece el artículo 7° del C.G.P. el servidor judicial debe acatarlo y si bien también puede apartarse del mismo tiene la obligación de explicar de forma suficiente las razones de disenso. Así mismo, como criterio de interpretación que es, no se puede pretender que el uso de esta siga las reglas de aplicación de la ley en el tiempo.

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



planteamiento expuesto por la recurrente AFP Porvenir conforme con el cual era el demandante quien debía demostrar la existencia de algún vicio.

Así quedó explicado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga², posición que fue reiterada en múltiples

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 hacía 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



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

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

En tal sentido, 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.

Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."



Lo anterior, permite establecer con claridad, que Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante; sin embargo de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto al accionante de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a dicho monto pensional, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que se desprende de lo que al efecto establecía el Decreto 663 de 1993 para el momento de la afiliación del demandante.

Además, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino que se debe 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 se insiste en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

Ahora bien, se advierte que, tal como lo puso de presente la servidora judicial de primer grado, la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogió la *aquo*.

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



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

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

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que Porvenir S.A. tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, 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, de acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos por el apoderado de Colpensiones, debe advertirse que esta última 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



Lilly Yolanda Vega Blanco
LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

Luis Agustín Vega Carvajal
LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Sdu ucto porciel*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 028 2019 00679 01. Proceso Ordinario María del Socorro Herrera Díaz contra Colpensiones y otras (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las accionadas AFP Colfondos S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 11 de noviembre de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y que para todos los efectos siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida, se ordene a las entidades demandadas la devolución a Colpensiones de todas las sumas de



dinero, bonos, cotizaciones y sumas adicionales que recibieron por concepto de aportes, junto con los rendimientos devengados, así como al pago de los perjuicios morales causados; y se ordene a Colpensiones reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida, a recibir los aportes y rendimientos devueltos y a corregir su historia laboral.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS desde el año 1985, y que en los años 1994 y 1995 estuvo afiliada a Cajanal.

Afirmó que el 25 de enero de 1995, al no recibir información técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación con la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., trasladándose al régimen de ahorro individual con solidaridad, y que el 20 de agosto de 1996, suscribió formulario de afiliación a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.

Señaló que los asesores de las administradoras de fondos privados no contaban con título de formación o con capacitación adecuada que les permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente; que en ningún momento le advirtieron acerca de los riesgos de trasladarse a ese régimen, ni que el monto de su pensión podría ser inferior a la que recibiría en el régimen de prima media con prestación definida, ni que el valor de las misma dependía de modalidad que escogiera, ni que la negociación de su bono pensional implica un importante sacrificio financiero.

Sostuvo que además se le engañó al indicarle que su condición pensional sería más ventajosa, que el régimen de prima media desaparecería, que le convenía trasladarse porque la pensión sería mejor, entre otras.



Una vez notificadas la accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ indicó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, que se trasladó a éste en forma libre y voluntaria, y no cumple los requisitos legales para retornar al RAIS. Propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, entre otras.

Por su parte Porvenir S.A. adujo que cumplió con el deber de información que le era exigible cuando para la fecha en que se materializó el traslado y que en caso de que se considere que hay lugar a declarar la nulidad la misma es tan solo de carácter relativo en tanto recae sobre un vicio en el consentimiento. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

En similar sentido Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, señaló que el traslado de la demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a la libre escogencia y que al momento de su traslado al fondo que administra, sus asesores comerciales le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al RAIS, prescripción de la acción, compensación y pago.

La *aquo* declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 25 de enero de 1995 y como consecuencia de ello, condenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar los aportes pensionales, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, y seguros de invalidez y sobrevivencia,

¹ Cfr fls 110 a 115.



y condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante al régimen de prima medica con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

Para arribar a la anterior determinación, consideró en esencia, que no se acreditó que la AFP Porvenir haber suministrado a la demandante una información clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, y esa situación constituye la omisión al deber de información

Inconformes con la anterior determinación el apoderado de la AFP Colfondos S.A. y la apoderada de Colpensiones, interpusieron recurso de apelación el cual les fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías se opuso a la condena relativa a la devolución de gastos de administración, garantía de pensión mínima y primas de seguro, para que en su lugar se absuelva a su representada de la misma.

Aduce al efecto que tales descuentos se realizaron por disposiciones del artículo 1° del Decreto 4982 de 2007, el cual establece la forma en que se distribuyen los aportes destinados al cubrimiento de los riesgos de invalidez, vejez y muerte; de manera que los recursos correspondientes al fondo de garantía de pensión mínima y gastos de administración no se encuentran en poder de su representada; y en la fijación del litigio jamás se estableció la devolución de dineros que estuvieran en poder de terceros no vinculados al proceso; y que aunado a ello la accionante permanece cubierta por los riesgos de invalidez y muerte.



Por su parte la apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión de declarar la ineficacia del traslado, en tanto se desconoció que el deber de información a cargo de las administradoras ha tenido tres etapas; de manera que el análisis de la información suministrada y el alcance de la asesoría que se debió brindar al momento de la afiliación deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado.

Sostiene que no es acertado ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, pues se contraviene el principio de confianza legítima; y que además se viola el debido proceso de su representada quien, sin haber participado en el trámite del traslado, pues para ese momento la accionante se encontraba afiliada a Cajanal, tiene que afrontar el reconocimiento de la prestación.

Agrega que se debe tener en cuenta la demandante ratificó su deseo de permanecer en el régimen de ahorro individual al suscribir dos formularios de afiliación, uno con la AFP Porvenir y otro con la AFP Colfondos; y no tuvo la iniciativa de acercarse al régimen de prima media con prestación definida.

De otra parte solicita se revoque la condena en costas impuesta en contra de su representada en tanto es un tercero de buena fe en el proceso, que no hizo parte del traslado inicial y que fue la demandante quien de forma libre y voluntaria se afilió al RAIS en le momento en que suscribió el traslado.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo



dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

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

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del 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 máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga², posición que fue reiterada en múltiples

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:



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

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, tal como lo indicó la servidora judicial de primer grado, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la

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

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

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

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



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, en realidad fue deseo del afiliado aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En tal sentido, 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 AFP Porvenir S.A., debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a dicho monto pensional, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que se desprende de lo que al efecto establecía el Decreto 663 de 1993 para el momento de la afiliación.



Además, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino que se debe 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 se insiste en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

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

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., así como aquellas que se realizaron con posterioridad, 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.

En este punto, interesa tener en cuenta que aun cuando al momento del traslado el demandante se encontraba afiliado a la Caja Nacional de Previsión



Social –Cajanal EICE–, también lo es, que con ocasión a la liquidación de esta entidad, se dispuso en el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por Colpensiones.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que Colfondos S.A. tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, Porvenir S.A. deberá trasladar los valores que recibió por concepto que gastos de administración; 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 esta última 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, bajo esa misma premisa tampoco resulta procedente la imposición de condena en costas en su contra.

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.- CONDENAR A PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES el valor de los recursos que descontó por concepto de cuotas de administración.

TERCERO.- ABSOLVER de la condena en costas de primera instancia a Colpensiones.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Sede Unib
procial*





República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-031-2019-00568-01. Proceso Ordinario de Luz Nohora Flórez Rivera contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el 5 de noviembre del 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida a la AFP Porvenir S.A, y se ordene trasladar a Colpensiones los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales y los rendimientos financieros, de conformidad como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones afirmó la demandante, que nació el 9 de abril de 1962, afiliándose al ISS el 23 de marzo de 1981, entidad en la que cotizó 695 semanas; que al momento de efectuarse el traslado al RAIS no se le brindó la información debida, respecto de las consecuencias jurídicas del traslado, por lo que suscribió formulario de traslado a la AFP Porvenir el 13 de marzo de 2009, sin advertir que la actora estaba próxima a cumplir 47 años y que entraría en la prohibición de traslado, las características del bono pensional, ni la exigibilidad del mismo hasta los 60 años, los requisitos para la garantía de pensión de mínima o devolución de saldos, la modalidad pensional de renta vitalicia inmediata, retiro programado o renta vitalicia diferida, así como tampoco del capital necesario que debía ahorrar para obtener el derecho pensional.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* absolvió a la demandada y vinculada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante. Lo anterior, por cuanto consideró que el acto jurídico cumplió con los requisitos de validez con ocasión del cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y lo que establecía la Superintendencia Bancaria; que la actora, además en su interrogatorio de parte manifestó que se le brindó la información necesaria para el año 1997, que no era otro que debía acreditar un capital para la pensión, que contaría con una cuenta de ahorro y que sus cotizaciones se transmitirían a los herederos.

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se concedan las súplicas de la demanda, al considerar que no se valoró en debida forma la falta al deber de información a cargo de Porvenir y Protección, pues no se acreditó haber informado los beneficios o contingencias a las que se sometería de efectuarse el traslado, la pérdida de beneficios consagrados en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, respecto de

una mejor mesada pensional. Aunado a lo anterior, por cuanto hubo un error en la carga de la prueba que se encontraba en cabeza de la AFP trasladándose a la demandante, ya que era la administradora quien debía acreditar los datos entregados a la afiliada no solo en la etapa previa a la afiliación y el momento histórico, sino también, durante la permanencia en el RAIS, el que no se puede convalidar con la simple suscripción del formulario de afiliación que manifiesta que la misma fue de forma libre y voluntaria.

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



que 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 tuvo el 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 las demandadas AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Provenir S.A., debieron consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el 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, considera la Sala igualmente oportuno señalar, que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, motivo por el que se ha de declarar la ineficacia del traslado.

Por consiguiente, la Sala declara la ineficacia de la afiliación a la AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección, así como el traslado horizontal efectuado 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, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues 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, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

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

Aunado a lo anterior, debe indicarse que no se comparte la decisión a la que arribó la falladora de primer grado en lo atinente con que se convalidó la afiliación con ocasión de los múltiples traslados que realizó la actora en el RAIS, pues si bien obtuvo un conocimiento mayor acerca de dicho régimen pensional, también lo es, que la falta de información se materializa en el momento de efectuarse el traslado o afiliación primigenio, pues es en dicha actuación que el afiliado debe tener la totalidad de la información para decidir en cuál régimen pensional afiliarse. Así mismo, por cuanto si bien la señora Luz Nohora Flórez Rivera en su interrogatorio de parte

manifestó conocer algunas de las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tales como que iba a contar con una cuenta de ahorro individual que se sostendría con sus aportes, así como que los mismos se transmitirían a su herederos, entre otras, también lo es, que de su dicho no se logró acreditar que se le hayan mencionado las desventajas de pertenecer al mismo o incluso haberse efectuado comparativas entre el RAIS y el RPM, de las que se pudieran concluir, el régimen más beneficioso para la demandante.

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

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR la Sentencia de primer grado para en su lugar, DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la demandante LUZ NOHORA FLÓREZ RIVERA al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrada con la AFP COLMENSA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, así como el traslado horizontal efectuado a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO.- ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS PORVENIR S.A., a

realizar el traslado del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, del valor de saldos, aportes, rendimientos y gastos de administración, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la historia laboral de COLPENSIONES. **TERCERO. ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la actora y a recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos ordenados en el numeral anterior, activando la historia laboral en tal régimen. **CUARTO. 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. **QUINTO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de las encartadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección y de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; para su tasación inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


 LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
 Magistrada


 LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
 Magistrada


 LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
 Magistrado

*delo uato
 parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

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

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05 033 2018 00046 01. Proceso Ordinario Juan de Dios Pinto Seija contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala de Decisión, la declaró abierta y procede en forma oral a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las accionadas frente a la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de agosto de 2019. Así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones 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.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demanante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que, previa anulación del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante la AFP Porvenir S.A., se establezca que continúa afiliado al

régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y se reconozca su condición de beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como sustento de sus pretensiones como hechos relevantes expuso que nació el 9 de marzo de 1954, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

Indicó que desde el año 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Horizonte, y que en dicha oportunidad no recibió una asesoría en que se le informara con claridad y precisión las consecuencias del cambio de régimen, en especial que era beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y que por tal razón obtendría una pensión más elevada en el régimen de prima media con prestación definida.

Refirió que por el contrario las asesoras de la AFP Horizonte lo engañaron al prometerle que se pensionaría antes de los 60 años de edad y que el monto de su mesada pensional sería más alta teniendo en cuenta el rendimiento de sus aportes y el bono pensional.

Una vez notificadas las entidades demandadas dieron respuesta a la acción en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que el demandante nunca ha estado afiliado al régimen de prima media por ella administrado y que el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó por plena voluntad del afiliado. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, error de derecho

¹ Cfr fls 125 a 136

no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica de cumplir con las obligaciones pretendidas.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.² indicó que el traslado del demandante se efectuó de forma libre y voluntaria, dado cumplimiento a todos los lineamientos legales establecidos para el efecto. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, enriquecimiento sin causa, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad, declaró que se encontraba válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definido administrado por Colpensiones; y condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que acogiendo el criterio sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y lo establecido en la normatividad vigente para el momento en que se realizó el traslado, a los fondos de pensiones les corresponde el deber de asesorar o de suministrar la información al usuario, que tal deber de información no puede suplirse con el consentimiento que se vierte en el formulario de afiliación y que era carga probotaria del fondo acreditar la asesoría brindada, que en el asunto no cumplió.

² Cfr fls 159 a 165.

Inconforme con la anterior determinación, los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, el cual les fue concedido.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la demandada Porvenir S.A. aduce que la decisión de primer grado al declarar la ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias, atenta contra los principios de inescindibilidad de las normas, de la confianza legítima y de sostenibilidad financiera.

Aduce al efecto que en estos procesos se está tratando de manera indistinta la figura de la ineficacia en sentido estricto y la figura de la nulidad; puesto que a la declaratoria de la ineficacia en sentido estricto se le están dando los efectos de la nulidad, al retrotraer las cosas a su estado original; lo que afirma no es el efecto de la ineficacia en sentido estricto y señala al efecto que la Corte Constitucional ya lo había expresado en sentencia C-345 de 2017.

Afirma en el mismo sentido que ninguna de las normas jurídicas que hacen alusión a que la falta en el deber de información a cargo de las administradoras de fondos, traiga como consecuencia jurídica la ineficacia en sentido estricto, y que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, hace referencia a acciones de fuerza y dolo que atenten contra el derecho a la libre escogencia y solicita en tal sentido se tenga en cuenta que el demandante se traslada de Horizonte a Porvenir, pues a su juicio ello demuestra que no existió ninguna afectación al derecho que la referida disposición consagra, y que esta en todo caso no prevé que se retrotraiga todo a su estado original, efecto que a su juicio corresponde al de una nulidad sustancial y que hace referencia a restituciones mutuas.

Aduce en tal sentido que sobre el principio de inscindibilidad de las normas no tiene cabida que se obligue a su representada a trasladar los gastos de administración debido a que estos nunca estuvieron en el régimen de ahorro individual, pero sí se le obligue a trasladar los intereses financieros, pese a que el demandante nunca estuvo en el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media no genera intereses financieros.

De otra parte, indica que para el año que se trasladó el demandante, la única prueba que se exigía para probar la existencia y validez de la afiliación era el correspondiente formulario de afiliación; y que la Corte Suprema de Justicia cambiando las reglas de juego indica que este no es suficiente y le impone a su representada obligaciones probatorias que no están dando al punto, lo que a su juicio se erige en una prueba diabólica, pues se le obliga a probar algo que es imposible; lo que además vulnera el artículo 29 de la Constitución Nacional.

Finalmente, señala que la excepción de prescripción debió prosperar por lo menos sobre los gastos de administración, pues siguiendo la línea jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia las mesadas pensionales son prescriptibles y que en tal sentido los emolumentos correspondientes a los gastos de administración no se destinan al pago de la pensión y por ende no son imprescriptibles.

Por su parte el apoderado de Colpensiones indicó que no se encuentra de acuerdo con la inversión de la carga de la prueba e imponerle al fondo privado acreditar que efectivamente se realizó dicha afiliación de manera informada, pues a su juicio no hay forma de aplicar la línea jurisprudencial sentada por la Sala Laboral del Corte Suprema de Justicia, pues lo casos son totalmente

diferentes a los allí analizados, en tanto se trataba de unos afiliados con expectativas legítimas y a quienes se había afectado de manera grave su derecho pensional con el traslado.

Aduce en el mismo sentido, que entonces al no poderse aplicar el precedente jurisprudencial al caso del demandante, no puede hablarse de la reinversión de la carga de la prueba y en razón a ello correspondía al demandante acreditar sus afirmaciones y de acuerdo con el material probatorio aportado, no es posible establecer esa falta de información o vicio del consentimiento.

GRADO JURIDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primer grado resulta adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

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

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la 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 Villegas³,

³ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

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

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

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

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

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

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

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

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 esta clase 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, contrario a lo que plantea el apoderado de Colpensiones, 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.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la afirmación del accionante constituye una negación indefinida.

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).

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, en el sentido que son los hechos y las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho por virtud de las simples manifestaciones verbales o por sus acciones, las que deben ser reveladas sobre la apariencia de lo que se encuentra en un documento; de suerte que no le basta a la demandada con ampararse en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., debió ofrecer al demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a dicho monto pensional, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

No desconoce que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y

oportuna se desprende de lo que al efecto establecía el Decreto 663 de 1993 para el momento de la afiliación.

Así las cosas, 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 adoctrino que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por consiguiente, y contrario a lo que plantea el apoderado de la demandada Porvenir S.A. no se requiere la acreditación de dolo para su aplicación, pues tal como lo indicó la alta Corporación del trabajo, el precepto expresamente hace referencia a cualquier forma de violación; de manera que Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Horizonte S.A.; lo cual apareja retrotraer la situación al estado en que se hallarían las partes si el acto no hubiera existido jamás.

En este punto corresponde tener en cuenta que aun cuando al momento del traslado el demandante se encontraba afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE– y que no registra aportes a Colpensiones, también lo es, que con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por Colpensiones.

Aunado a lo anterior el del caso tener en cuenta 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.

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 AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros; así mismo en virtud de dicha consecuencia deberá Colpensiones efectuar el cómputo de las semanas cotizadas respecto de los aportes realizados por el accionante, fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado.



De igual forma, se advierte que si bien las encartadas propusieron la excepción de prescripción bajo el sustento que si bien el derecho pensional es imprescriptible, no ocurre lo mismo frente a la acción que pretende se declare la ineficacia del traslado, dicho supuesto no puede ser acogido por esta Sala de Decisión, ya que dicha decisión depende de forma directa del derecho pensional que a posteriori se reclame por el afiliado, situación por la que no es posible declarar el medio exceptivo propuesto.

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. Las Costas de ambas instancias se encontrarán únicamente a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO. COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Sección
parcial*