



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105008201900671-01**

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR S.A y COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de junio de 2020 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **CARMEN ELENA RAMOS RIAÑO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la Dra. PAULA HUERTAS BORDA como apoderada de PORVENIR S.A según consta de folios 333 a 361, así como a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta en los términos del poder visto a folios 366 vto y ss.

ANTECEDENTES

CARMEN ELENA RAMOS RIAÑO pretende se declare la anulación por

ineficacia de la afiliación y del traslado al RAIS ante la omisión de COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A del deber profesional de información; y como consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a COLPENSIONES, se condene a PORVENIR S.A a devolver al RPMPD todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el art 1746 del C.C, gastos de administración o cualquier otro debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiamiento de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del art. 963 del C.C y en caso de no haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo de pensiones al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta litis a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados por el fondo todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluida en nómina de pensionados por este con el propósito de que no quede desprotegido de su derecho pensional, se condene al pago de costas del proceso que incluya agencias en derecho y también por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas, incidentes o nulidades de ser propuestas; lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 1° de marzo de 1983, como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por las AFP se trasladó del régimen en el que se encontraba como se desprende de la historia laboral al RAIS afiliándose a COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A afiliación realizada el 25 de agosto de 1997, siendo esta absorbida por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, al momento de la afiliación y traslado solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo para la afiliación sin que el asesor le entregará información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPMPD y sus complicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen de pensiones, asimismo no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en cada uno de los regímenes, no le informó que hasta que edad debe cotizar en la AFP y con qué salarios para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en ISS, entre otros aspectos, las AFP con el objeto de que las personas se afiliaran al RAIS publicitaron información que faltaba a la verdad u ocultaron la misma indicando por ejemplo que se podía pensionar a una edad más temprana de lo que lo haría en el ISS sin informar que para ello debían negociar anticipadamente el bono pensional

por debajo de su valor real con la consecuencia obvia de disminución del valor de la pensión, que la mesada pensional sería más alta que en el ISS sin hacer las proyecciones reales, entre otros aspectos, razón por la cual ha elevado solicitudes de anulación de traslado ante las demandadas siéndole negadas, y de haber seguido cotizando al RPMPD el monto de su pensión a la fecha sería de \$3.712.684 mientras que en el RAIS es de \$1.396.832 dejando de percibir \$2.315.852, encontrándose cotizando a PORVENIR S.A actualmente (fls 1-37)

CONTESTACIÓN

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la publicidad realizada por las AFP, que COLPATRIA fue absorbida por PORVENIR S.A, solicitudes elevadas ante las demandadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones que denominó como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (fls 254-277)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica (fls 305-312).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de junio de 2020, el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia del traslado de la demandante realizado del RPMPD al RAIS acaecido el 22 de agosto de 1997 mediante la afiliación a COLPATRIA ahora PORVENIR S.A., condenar a COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional; condenar a la demandada PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos e intereses de conformidad con las previsiones del art. 1746 del C.C aplicable por remisión analógica del art. 145 C.P.T.S.S, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado; condenar a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR S.A y que reposaban en la cuenta de ahorro individual y a efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; y no condenó en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación, los cuales sustentaron en los siguientes términos:

PORVENIR S.A., en cuanto a la inversión de la carga de la prueba bajo el supuesto que le es más fácil probar a ese fondo la naturaleza y las características de la información que lo que le resultaría a la demandante, con lo cual se desconoce, de una parte, que la demandante tuvo una afiliación al RAIS desde 1997, esto es, 20 años atrás, lo que dificulta sin lugar a duda la obtención de algún tipo de prueba que logre acreditar dichos supuestos; y de otra, que desde la emisión de 1993 no había claridad en relación a cuáles eran las características y las condiciones de la información que se debía otorgar en su momento, de manera que a hoy exigir la prueba de supuestos tales como un análisis pormenorizado detallado con las condiciones específicas, supone una obligación imposible, aun cuando se hubiera traído a juicio al asesor comercial de PORVENIR S.A que en su momento realizó el traslado de régimen pensional pues no lo tendría presente teniendo en cuenta la cantidad de traslados que realizó en su momento, siendo que la demandante tampoco recuerda, según su interrogatorio, haber realizado un traslado horizontal, siendo que la única obligación que existía era la suscripción del formulario de afiliación con todas las implicaciones que ello traía, así mismo son se acreditó la existencia de un vicio en el consentimiento que dé lugar a la aplicación de la teoría de la inversión de la carga de la prueba y los efectos mismos de la ineficacia. Así mismo, en cuanto a la devolución de los gastos de administración, solamente en razón del ejercicio y labor profesional es que la cuenta de ahorro individual creció significativamente y esto a razón de la rentabilidad y los rendimientos generados, de esta manera si lo que se pretende es restablecer la condición inicial es claro que lo único que debería acceder es a la devolución del aporte completo más la actualización en el tiempo, toda vez que en el RPMPD dada la forma de administración de un fondo común no se generan rendimientos, no debiendo ordenarse la devolución de los gastos de administración y de los rendimientos económicos ya que se estaría condenando dos veces al hacer una devolución con lo que se genera un enriquecimiento en cabeza de un tercero sin ningún tipo de justificación.

COLPENSIONES, por cuanto no comparte el análisis de los objetos probatorios para concluir que el traslado que hubo del RPMPD al RAIS era nulo, ya que fue en ejercicio del derecho de libre escogencia conforme a las directrices y a la normatividad que estaba vigente para el año de 1997, en donde la única exigencia que tenían los fondos de pensiones, y en ese entonces el ISS, para dar trámite a una petición de traslado era la suscripción del formulario de vinculación a la administradora de pensiones, sin algún requerimiento adicional con relación a documentar la

asesoría, en ese orden de ideas la vigencia probatoria en relación a que el fondo de pensiones no cumplió con su obligación legal y con la carga de la prueba en demostrar que efectivamente había cumplido con las obligaciones y con el deber de información y de buen consejo al momento del traslado es una exigencia probatoria imposible de acreditar. Adicionalmente, en el interrogatorio de parte la demandante hizo alusión de algunos aspectos que sí se le habían señalado (mejor pensión y rentabilidad) por lo que el desconocimiento de la ley no exime a nadie de su cumplimiento y de conformidad con el Código Civil los errores sobre puntos de derecho no vician el consentimiento; asimismo no se hizo una valoración de los precedentes jurisprudenciales (SL 432-2018) sobre analizar situaciones particulares como cuando el afiliado ratifica su voluntad de permanecer en uno u otro régimen pensional lo que aquí sucedió porque la actora lleva afiliada al RAIS 23 años, radicando su inconformidad en que la mesada pensional que se le va a otorgar es ostensiblemente inferior a la que le hubiera correspondido en COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que no se observó ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido la actora toda la información necesaria la cual se evidencio con la suscripción del formulario de afiliación, asimismo no hizo uso de su derecho de retracto sino decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria, por lo que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones. Por último, consideran que al declarar la ineficacia del traslado afectaría la sostenibilidad financiera del RPMPD. Por otro lado, la apoderada de la parte actora, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se debe tener en cuenta lo desarrollado jurisprudencialmente sobre la carga de la prueba y el deber de información.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la

soportaba, respecto a la ausencia de los vicios del consentimiento frente a la información brindada, **ii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por la demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **iii)** si la permanencia en el RAIS por más de 23 años sana la nulidad del traslado de régimen, y **iv)** si PORVENIR S.A está obligada a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos los gastos de administración. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 278 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a COLPATRIA S.A diligenciado el 22 de agosto de 1997 con fecha de efectividad del 1 de octubre del mismo año, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 280), Igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que es economista y en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se trasladó a COLPATRIA S.A, lo que manifestó es que llegó a la oficina un asesor quien a ella y sus compañeros les hizo una reunión donde les explicaron las ventajas de pasarse a un fondo privado y que después analizaban el caso particular de cada persona, cuando llegaron a ella le manifestaron que era muy favorable su traslado porque sus ingresos eran altos y su pensión iba a ser mejor en la AFP que en COLPENSIONES, que se podría pensionar de manera anticipada, que el ISS lo iban a cerrar y que quedarían todos en un fondo privado, en ese momento no le informaron las ventajas ni desventajas de

los regímenes, no sabía que podía realizar aportes voluntarios, si sabía que tenía rendimientos, ella no recuerda cómo hizo el traslado horizontal.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLPATRIA S.A hoy PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora CARMEN ELENA RAMOS RIAÑO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando la permanencia en el RAIS por 23 años no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLPATRIA hoy PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó en su momento ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciada el 22 de agosto de 1997 con fecha de efectividad del 1 de octubre de del mismo año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación en el que se encuentran preimpresas manifestaciones como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otras leyendas similares resulte suficiente para dar por demostrado el deber de información, sino que a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no *informado* (SL 19447-2017)

Últimamente, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal

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

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

(...)

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

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

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

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

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

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES al resultarles desfavorables sus recursos. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

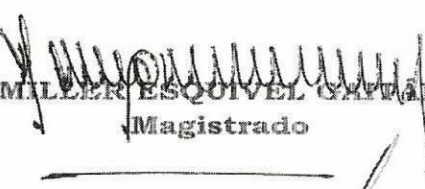
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de junio de 2020 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por CARMEN ELENA RAMOS RIAÑO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. , conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

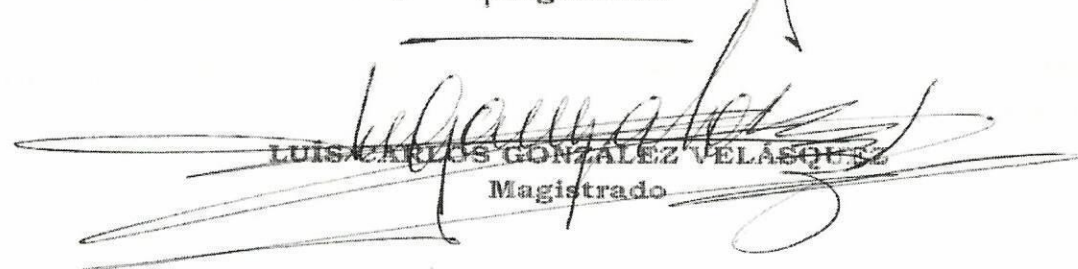
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVIRIA
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105015201900262-01**

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

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

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 4 de febrero de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ROSA JULIA GUTIÉRREZ ORTEGA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES conforme el poder obrante a folios 215 yss.

ANTECEDENTES

ROSA JULIA GUTIERREZ ORTEGA, pretende se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A desde el 15 de julio de 2002 por la inadecuada asesoría e inducción en error por

parte de los asesores comerciales de dicho fondo privado y que no le entregó ni presentó con anterioridad a la afiliación una simulación pensional y/o proyección de pensión; y como consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTIAS S.A a realizar el traslado a COLPENSIONES de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas o comisiones de administración, además de pagar las diferencias que llegare a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPMPD los cuales serán asumidos con cargo a su patrimonio y se conmine a COLPENSIONES a garantizar el recaudo de tales diferencias, se ordene a esta última entidad a recibir el traslado de las sumas y a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, además que será la encargada de reconocer la pensión desde el momento en que acredite los requisitos legales para pensionarse; lo que resulte ultra y extra petita, las costas y agencias del derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 13 de agosto de 1959, se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES el día 9 de febrero de 1979, cotizó desde esa fecha hasta el 31 de agosto de 2002 un total de 1.024.14 semanas, se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A el día 15 de julio de 2002 y su efectividad ocurrió a partir del mes de septiembre del mismo año, el asesor comercial de la AFP no le informó acerca de las consecuencias de su traslado, ni las ventajas que tendría de seguir cotizando al RPMPD, tampoco sobre la posibilidad de regresar en cualquier momento al ISS, entre otros aspectos, en ningún momento presentó solicitud formal en la que consta que su decisión la había tomado exenta de error, fuerza o dolo y con absoluto conocimiento de sus consecuencias, el asesor si le informó que sus aportes en el ISS estarían en riesgo por una futura liquidación de dicha entidad, que su pensión será reconocida con menos edad a la exigida en el RPMPD y que se podía negociar según el ahorro, también le manifestó que obtendría una mesada pensional superior a la que le correspondía en el ISS, por lo que diligenció formulario de solicitud de vinculación por medio del asesor sin advertir que se estaba trasladando de régimen pensional, desde el 15 de julio de 2002 hasta la fecha ha permanecido afiliada a PROTECCIÓN S.A, el día 8 de marzo de 2019 la AFP le informó que con la edad de 60 años recibiría en el RPMPD una mesada pensional de \$3.191.824 basada en un IBL de 10 años de \$4.090.496, razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado ante las demandadas siéndole negadas. (fls 3-68)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente

a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, su afiliación a cada una de ellas, las semanas cotizadas, la solicitud de la proyección del cálculo de la pensión con su respectiva respuesta, que actualmente se encuentra cotizando ininterrumpidamente al RAIS y la solicitud de nulidad a COLPENSIONES con su respuesta.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y la genérica. (fls 90-97)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica (fls 104-128)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar nula o ineficaz la afiliación efectuada por la demandante el día 15 de julio del año 2002 del RPMPD al RAIS, a través de la administradora PROTECCIÓN S.A y como consecuencia de lo anterior ordenó a esta última entidad al cual se encuentra actualmente afiliada traslade los recursos y sumas que obren en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES y por ende reactive la afiliación, reciba dicho recurso y lo acredite como semanas efectivamente cotizadas al sistema general de pensiones régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiere trasladado al RAIS; no condenó en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes; declaró no demostradas las excepciones propuestas por las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación en procura de que sea revocada parcialmente la sentencia de primera instancia, respecto de las costas que fueron negadas, pues la parte vencida debe ser condenada como lo dispone el C.G.P., ya que ella incurrió en gastos como el pago de un abogado, notificaciones, llamada a un citatorio para que vengan a notificarse personalmente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido se pronunció el apoderado de la parte demandante quien solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que se desarrolló jurisprudencialmente el tema de la carga de la prueba, el deber de información que debía asumir la AFP que no puede ser suplida por la suscripción del formulario de afiliación y por último la inconformidad sobre la no condena en costas. Por otro lado, COLPENSIONES solicita que se revoque el fallo proferido en primera instancia porque dentro del presente proceso obran medios de prueba documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, siendo que el asesor suministró la totalidad de la información clara y precisa sobre los efectos jurídicos que le acarrearía dicho cambio de régimen, no se logró demostrar ningún vicio del consentimiento y se afectaría el principio de sostenibilidad financiera.

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

CONSIDERACIONES

Le corresponde a esta Sala establecer si había o no lugar a condenar a los demandados, por concepto de costas, ante el resultado adverso de la sentencia, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 65 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...) (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Así las cosas, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su condena.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.¹

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Por lo expresado, toda vez que el A quo no condenó en costas a la parte recurrente pese a que la sentencia le fue favorable a sus intereses, es por lo que se revocará tal determinación y en su lugar se condenará tanto a COLPENSIONES como a PROTECCIÓN S.A de las costas causadas en primera instancia cuya tasación corresponde fijarla al Juez de Conocimiento.

Sin costas en esta instancia ante su no causación.

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

¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el día 4 de febrero de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ROSA JULIA GUTIÉRREZ ORTEGA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, para en su lugar condenar en costas de primera instancia a las demandadas, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las cuales deberán ser tasadas por el Juez de Conocimiento.

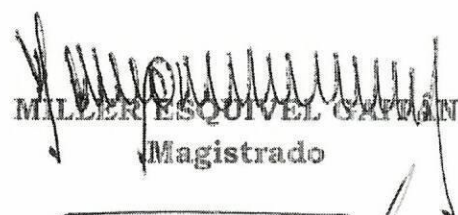
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

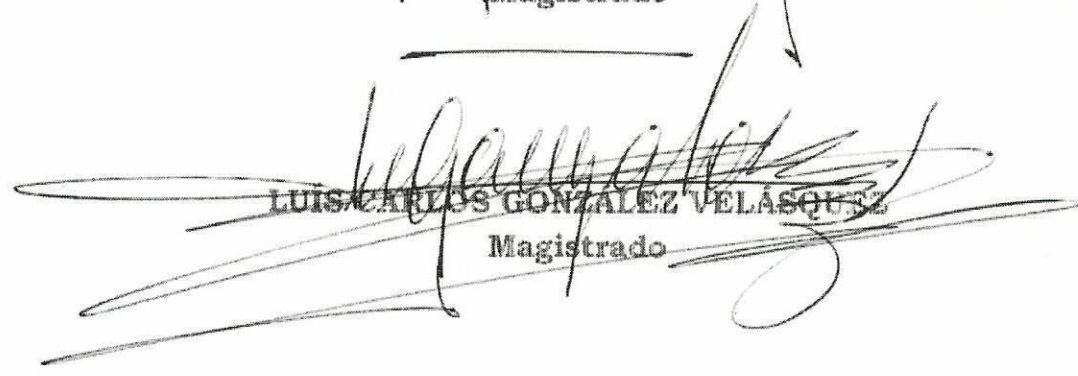
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105016201800306-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuesto por la apoderada de la COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 3 de marzo de 2020 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor JAIME DÍAZ MOSQUERA en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARIA CAMILA BEDOYA GARCÍA y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 171 y ss.

ANTECEDENTES

JAIME DÍAZ MOSQUERA, pretende que se declare la nulidad de la afiliación o traslado que hizo del RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS que conlleva el regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES; y como consecuencia, ordenar y condenar a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, como última administradora, que proceda con la anulación de la afiliación existente y el reporte de dicha novedad al sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones quedando

válidamente asignada a COLPENSIONES como única entidad encargada de administrar los recursos; además que en el término improrrogable de un mes contado a partir de la ejecutoria de la providencia proceda a trasladar todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo provisional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del C.C esto, es con sus rendimientos que se hubieran causado a COLPENSIONES, ordenar a esta última entidad a recibir todos los aportes; lo que resulte ultra y extra petita; las costas, gastos, expensas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que laboró en entidades del sector privado de forma continua y discontinua desde el 20/01/1981 cuando contaba con 21 años de edad; se afilió y vinculó al RPMPD a través del ISS a partir del 20/01/1998 hasta el 30/06/1999 contaba con 579 semanas sufragadas, en la historia laboral expedida por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS reporta un total de 1231 semanas, aparece con un formato de vinculación o traslado a dicha AFP con fecha de diligenciamiento del 01/05/1998 sin ninguna participación de su parte, no ha presentado una comunicación verbal o escrita en la que conste que decidido elegir el RAIS, está AFP influyó en la firma o rúbrica que estampo en el formato de solicitud de vinculación o traslado haciendo creer que estaba firmando de manera libre, espontánea y sin presiones, en dicho formato no contiene una explicación informada detallada si le beneficia o no el régimen de transición, tampoco suministraron toda la información necesaria de forma exacta, insuficiente, no refleja la verdadera intención de un traslado de régimen, entre otros aspectos, antes del ofrecimiento o traslado de régimen no le suministraron información veraz y oportuna sobre sus beneficios e inconvenientes para la época de vinculación, antes y después de su vinculación no le dieron a conocer sobre la posibilidad de retornar nuevamente al RPMPD, tampoco le comunicó sobre el capital necesario para obtener una mesada pensional como mínimo debía contar con \$200.000.000 para obtener una mesada pensional de \$800.000 hoy, entre otros aspectos, razón por la cual ha elevado solicitudes ante las demandadas. (fls 38-52).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada COLPENSIONES no dio contestación al escrito de demanda, mientras que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, dio contestación a través de la documental obrante de folios 101 a 119 del informativo, en donde se opuso a todas las pretensiones, respecto a los hechos aceptó los relacionados con el reconocimiento la solicitud elevada con su respectiva respuesta negando los demás o manifestando no constarle y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para

solicitar la afiliación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPMPD, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y ausencia de vicios del consentimiento.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de marzo de 2020, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de régimen que se surtió el día 3 de marzo de 1998 y con efectividad a partir del 1° de mayo de la misma anualidad realizada por el demandante desde el RPMPD administrado por el ISS hacia el RAIS en cabeza de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS; condenar a esta última entidad a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a COLPENSIONES incluyendo la totalidad de los frutos e intereses y rendimientos producidos, y en general todos los valores que se hayan recibido por motivo de la cotización del demandante al RAIS; condenar a COLPENSIONES a recepcionar la totalidad de los recursos y a actualizar la historia laboral de cotizaciones del demandante el en RPMPD sobre el cual se declara que es el único al cual válidamente se ha encontrado afiliado el demandante; no hubo lugar a resolver sobre excepciones dado el allanamiento a las pretensiones que hizo COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y dada la falta de contestación de la demandada COLPENSIONES; se condenó en costas de la instancia a la parte demandada, incluyendo el monto de medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la parte demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque en su integridad, pues es evidente que al momento del traslado en el año de 1998 el demandante estaba plenamente habilitado para hacerlo, ya que no contaba con una expectativa pensional pues tenía menos de 40 años de edad y tan sólo 579 semanas, además, si bien se alega una falta de información y que la AFP no probó de manera pertinente la información brindada al momento del traslado, circunstancias a las que se allanó el COLFONDOS S.A., es de resaltar que el afiliado firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, por lo que no se puede desconocer que para dicha época era el único requisito necesario con el que demostró al ISS la intención de trasladarse a otro fondo, debiéndose atender la voluntariedad del afiliado; asimismo, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento

del traslado de régimen, toda vez que tal exigencia desvirtuaría el principio de confianza legítima y se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera; por tanto, de mantenerse la orden del traslado plenamente válido, solicitando que el traslado que debe realizar el fondo no sólo sea de los recursos con sus frutos e intereses sino también de las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual si es posible debidamente indexados por el periodo que estuvo afiliado al fondo privado; y por último que se revoque la condena en costas que le fue impuesta porque no participó en el acto y ha actuado de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicita que se revoque el fallo proferido en primera instancia porque dentro del presente proceso obran medios de prueba documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, siendo que el asesor suministró la totalidad de la información clara y precisa sobre los efectos jurídicos que le acarrearía dicho cambio de régimen, no se logró demostrar ningún vicio del consentimiento y se afectaría el principio de sostenibilidad financiera. Por otro lado, los demandados y la parte actora guardaron silencio.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario de afiliación firmado por el demandante fue debidamente valorado determinando si con ello se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si es presupuesto para la declaratoria de la nulidad contar con una expectativa legítima de pensión, **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **v)** si COLFONDOS S.A está obligada a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos los gastos de administración, y **vi)** si se debe de exonerar a COLPENSIONES del pago de las costas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

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

proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

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

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626- 01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las

administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que a folio 90 obra copia del formulario de la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media al COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado el 3 de marzo de 1998 con fecha de efectividad del 1º de mayo del mismo año, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folio 94, deja en evidencia el error cometido por ese Fondo al no haber consignado en dicho formulario todos los datos necesarios para suministrar la información adecuada al actor, pues diligenció de forma

inadecuada que se trataba de una vinculación y no de un traslado de régimen.

= 8897601 = 474080

SOLICITUD DE VINCULACIÓN O TRASLADO AL FONDO DE CESANTÍAS Y PENSIONES OBLIGATORIAS

COLFONDOS Pensiones y Cesantías

PERIODO DE FORMACIÓN (AÑO) **AA** **MM** **DD** **19** **03** **03**

PERIODO (AÑO) **AA** **MM** **DD** **19** **03** **03**

FECHA DE ACEPTACIÓN (AÑO) **AA** **MM** **DD** **19** **03** **03**

No. **253939**

TRASLADO REGIMEN ☐ **TRASLADO AFP** ☐ **ADMDORA ANTERIOR** ☐ **ADMDORA ANTERIOR** ☐

DATOS DEL AFILIADO

IDENTIFICACIÓN T.I. **9344500** C.C. **0100** C.E. **590217** **Colombiano** **SEP** ☒ **BIEN** ☐

SEGUNDO APELLIDO **Mosquera** **PRIMER NOMBRE** **Jaime**

ENVÍO DE CORRESPONDENCIA **RES.** ☒ **LUGAR DE TRABAJO** ☐ **AA** ☐

CIUDAD - DEPARTAMENTO **Zipaquirá Cundinamarca** **TELÉFONO** **918526390** **ESTA OBLIGADO A DECLARAR RENTA** ☐ **SI** ☐ **NO**

CIUDAD - DEPARTAMENTO **Bogotá Cund** **TELÉFONO** **6109299** **CODIGO ACTIVIDAD ECONOMICA** **85-33**

OTROS CUAL(ES) **6070**

DATOS DEL VINCULO LABORAL

TIPO DE GASTO ACTUAL **Salario o ingreso mensual** **1000.000** **SI** ☐ **NO** ☒ **860068255** **N.T. C.C. C.E.** **1010**

IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEADOR **BA**

FECHA DE INGRESO (AÑO) (MES) (DÍA) **19** **03** **03** **TELÉFONO 1** **918526390** **TELÉFONO 2**

Omisión en la veracidad de la información que así visto permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación del demandante, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen.

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

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, sería del caso declarar que la afiliación realizada al RAIS el 3 de marzo de 1998 se torna nula por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

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

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, se deberá adicionar el ordinal segundo, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del

traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a acceder a este punto de apelación del fondo demandado.

En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

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

(...)

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

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

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

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron

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

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

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

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

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

(...)

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

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

DE LA CONDENA EN COSTAS

Sea lo primero recordar que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP¹ Aclarado lo anterior, atinente a la solicitud de revocatoria de las costas impuestas a COLPENSIONES no está llamada a ser atendida favorablemente si se tiene en cuenta que para efectos de su fijación no interesa la buena o mala fe con la que actuó la parte al momento de la celebración del contrato de afiliación al Fondo, o durante la permanencia; asimismo no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releve de su pago, dado que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Sn costas en esta instancia ante el resultado parcialmente favorable del recurso. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el día 3 de marzo de 2020 por el Juzgado dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por JAIME DIAZ MOSQUERA en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍA, en el sentido de precisar que el traslado ordenado a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS comprende todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración; conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

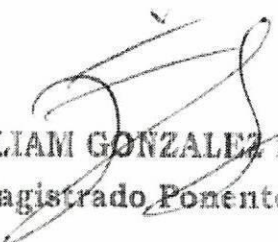
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se confirman las de primera instancia.

¹ “ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

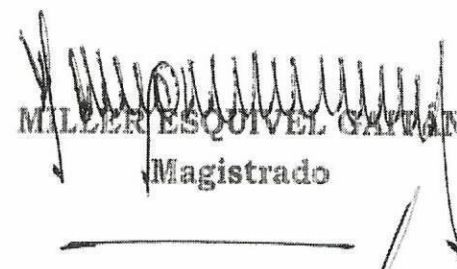
1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105005201800092-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 17 de febrero de 2020 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MOISES HERNANDEZ ROZO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de COLPENSIONES al Dr. JHON FERNEY PATIÑO HERNANDEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.072.653.246 de Chía, y portador de la Tarjeta Profesional No. 319.844 del Consejo Superior de la Judicatura, en los términos y para los efectos del poder obrante de folios 179vto a 193.

ANTECEDENTES

MOISES HERNANDEZ ROZO pretende que se declare válida la afiliación que realizó en el año 2010 al RAIS (formulario No 045389) y nulos los que realizó posteriormente al encontrarse viciados por el engaño y fraude por el asesor ya que lo indujo en error, además tener en cuenta el principio laboral in dubio pro operario que puede aplicarse cuando

surjan dudas en la determinación de los efectos jurídicos sobre una situación fáctica, y como consecuencia, se ordene el traslado del RAIS al RPMPD, se ordene a PORVENIR S.A a la devolución de todas las sumas de dinero que se encuentran en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, e intereses a COLPENSIONES de conformidad con lo dispuesto en el art 1746 del C.C, lo que resulte ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho. Subsidiariamente solicita que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS creada el 1° de mayo de 2013 por haberse configurado el error de hecho en los términos del art 1509,15010,1511 del C.C como vicio del consentimiento por el engaño y fraude en el diligenciamiento del formulario No 1405732 fecha 8 de marzo de 2013 y que deja sin validez el formulario No 045389 del 7 de septiembre de 2010, así como también el no suministro de información veraz y suficiente relacionada con el cambio de régimen por parte del asesor comercial de PORVENIR S.A.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 13 de octubre del año 1965, se afilió en el RPMPD administrado por el ISS el día 17 de mayo de 1984, cotizó 640,14 semanas, al momento del traslado del RPMPD al RAIS los asesores no le brindaron ninguna información sobre las consecuencias jurídicas del cambio de régimen pensional, el 7 de julio de 2010 firmó formulario de traslado a la AFP PORVENIR S.A sin que al momento de la asesoría le suministrarán información clara y precisa relacionada con el traslado de régimen como por ejemplo sus características, el tipo de bono pensional, las características para la devolución de saldos, entre otros aspectos, el 18 de agosto de 2017 solicita a PORVENIR S.A traslado a COLPENSIONES es decir 2 meses antes de cumplir sus 52 años siéndole negada porque no cumplía con el tiempo de permanencia mínimo en el RAIS, razón por la cual solicita copia de la afiliación en donde al parecer el asesor comercial realizó otra afiliación en el año 2013 donde le manifestó que era para trasladar sus cesantías y actualizar datos, se encuentra afiliado a PORVENIR S.A desde el 1 de mayo de 2013 (Fls 1-19 Sub 59)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, su número de cédula de ciudadanía, la afiliación realizada al ISS, las semanas cotizadas al ISS, los aportes cotizados al ISS, la solicitud elevada ante PORVENIR S.A con su respectiva contestación y que actualmente se encuentra afiliada a PORVENIR S.A.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES propuso las excepciones denominadas como inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (Fls 70-77)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica. (Fls 112- 118 VTO).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de febrero de 2020, el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad del traslado de RPMPD al RAIS realizado a través de BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; ordenó a esta última entidad a que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, gastos de administración y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, sin costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, al considerar que el demandante no se encuentra inmerso en la prohibición legal del art 2 de la ley 797/2003, además que realizó su traslado de forma libre y voluntaria por lo tanto la afiliación es válida y no carece de ningún vicio del consentimiento pues al momento de la vinculación firmó el formulario aceptando las condiciones que establece dicho régimen, debiéndose tener en cuenta el principio de la relatividad jurídica, toda vez que COLPENSIONES es un tercero y esa administradora no tuvo injerencia alguna en el negocio que se celebró, por lo que este traslado afectaría el principio de sostenibilidad financiera.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., porque en el momento de la afiliación se informó de

forma clara, concisa y completa las características, sin que pueda desconocerse que el actor firmó los dos formularios en los cuales pudo haber preguntado lo que estaba firmando pero no lo hizo, bastando la firma del formulario y su huella para declarar la manifestación de la voluntad del afiliado, habiendo aportado así las pruebas necesarias en cuanto a la carga de la prueba que soportaba, no se evidenciándose ningún vicio del consentimiento.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que no se observó ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido la actora toda la información necesaria la cual se evidencio con la suscripción del formulario de afiliación, asimismo no hizo uso de su derecho de retracto sino decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria, por lo que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones, además está inmersa en la prohibición legal de retornar. Por otro lado, la parte actora guardó silencio.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba; **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD; y **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable,

que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 119 obra copia del formulario de afiliación a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A diligenciado el 8 de marzo de 2013 con efectividad a partir del 1° de mayo de 2013, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folios 119 Vto, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en esa fecha. Así mismo se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó que él se afilió en el año 2010 asumiendo que estaba legalmente afiliado a PORVENIR S.A porque ya había firmado el formulario de afiliación, no obstante, en el año 2013 se acercó un funcionario de la AFP manifestando que debía firmar un formulario para actualizar datos, se acercaron dos personas de BBVA a la empresa informando que si se trasladaba tenía unas ventajas porque se puede pensionar sobre los 53 años y que él podía elegir la cantidad de dinero con el que se podía afiliarse ante ese ofrecimiento se sintió tentado pero no hubo ninguna claridad, no le dijeron ningún tiempo de permanencia, ni en qué condiciones estaba, durando la asesoría 15 minutos, de ahí que firmó de manera libre y voluntaria estos formularios, y ya en el año 2017 escuchó a varias personas que tenían inconformidad con su pensión, por lo que solicitó una asesoría, concluyendo que le convenía trasladarse a COLPENSIONES por el monto de pensiones pero allí le manifestaron que no había cumplido los 5 años de permanencia.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había

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

En este punto conviene precisar que al no haberse materializado formalmente la afiliación que aduce realizó en el año 2010, no merece pronunciamiento sobre su validez o no.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria en el año 2013, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A diligenciado el 8 de marzo de 2013 con efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, sin que su permanencia en el mismo sanee el acto nulo.

Declaratoria que de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar PORVENIR S.A a COLPENSIONES sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

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

COSTAS

Se condenará en costas en esta instancia a COLPENSIONES y PORVENIR S.A al resultar desfavorables sus recursos. Las de la primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

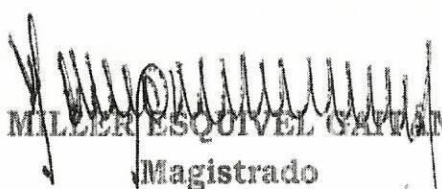
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de febrero de 2020 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MOISES HERNANDEZ ROZO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO Expediente: Rad.
110013105007201800283-01**

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ MERY RABELLY RODRIGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES a la Dra. DIANA MARIA VARGAS JEREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.090.499.043 de Cucuta y portadora de la Tarjeta Profesional No. 289559 del Consejo Superior de la Judicatura en los términos y para los efectos del poder visto a folio 305 y ss.

ANTECEDENTES

LUZ MERY RABELLY RODRIGUEZ, pretende que se declare que el 1° de abril de 1994 contaba con más de 750 semanas cotizadas y que es beneficiaria del régimen de transición; y como consecuencia, se decrete el traslado a COLPENSIONES, se ordene a PORVENIR S.A a trasladar al RPMPD los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES como si nunca

hubiese surtido el traslado al RAIS, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, asimismo reconocer la pensión de vejez ya que tiene más de 55 años de edad y más de 1.000 semanas cotizadas y al pago de la pensión desde la última fecha de cotización, lo que resulte ultra y extra petita, y costas y agencias procesales. Como pretensiones subsidiarias primarias, solicita que se declare que PORVENIR S.A al trasladar de ISS el 1 de marzo de 1995 la asesoró de manera errada e inadecuadamente, sin un análisis juicioso, y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS, asimismo se declare la nulidad del traslado al RAIS y que es beneficiaria del régimen de transición, y como consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A a trasladar al RPMPD los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES como si nunca hubiese surtido el traslado al RAIS, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, asimismo reconocer la pensión de vejez ya que tiene más de 55 años de edad y más de 1.000 semanas cotizadas y al pago de la pensión desde la última fecha de cotización, lo que resulte ultra y extra petita, costas y agencias procesales. Como pretensiones subsidiarias secundarias solicita que se declare que PORVENIR S.A al trasladar del ISS el 1° de marzo de 1995 no cumplió con su deber de información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto de las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS causándole un grave perjuicio en lo que respecta el valor de su futura mesada pensional, asimismo se declare la nulidad del traslado al RAIS y que es beneficiaria del régimen de transición, y como consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A a trasladar al RPMPD los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES como si nunca hubiese surtido el traslado al RAIS, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, asimismo reconocer la pensión de vejez ya que tiene más de 55 años de edad y más de 1.000 semanas cotizadas y al pago de la pensión desde la última fecha de cotización, lo que resulte ultra y extra petita, costas y agencias procesales.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 2 de mayo de 1958; actualmente cuenta con 59 años de edad; el día 10 de enero de 1975 se afilió a CAJANAL; el 25 de septiembre de 1978 fue afiliada al ISS hoy COLPENSIONES; el 1 de abril de 1994 contaba con más de 15 años cotizados como se puede verificar en la historia laboral; el 1° de marzo de 1995 por una mala asesoría se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A, atendiendo a las recomendaciones del asesor comercial de PORVENIR S.A., contando con las expectativas de que no perdería ningún beneficio sino que podría pensionarse antes de la edad requerida, que tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad y que recibiría una pensión con un monto mayor al ISS, ha cotizado un total de 1.873 semanas, antes de cumplir los 47 años no recibió de PORVENIR S.A asesoría profesional respecto al derecho de retracto quedando inmersa dentro de la prohibición de los 10 años para trasladarse al RPMPD, faltando a su deber de asesoría por parte de PORVENIR S.A, razón por la cual ha elevado solicitudes de traslado siendo negadas, en la AFP PORVENIR S.A si ella continuará cotizando su mesada pensional sería de \$856.300 en cambio en COLPENSIONES sería de \$2.184.440 teniendo en cuenta que es beneficiaria al régimen de transición,

firmó el formulario de afiliación guiada por la información engañosa y errada que le suministro el asesor comercial. (fl 3-35 sub 104 y reforma 185-191)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con la edad, su afiliación al ISS, las semanas cotizadas y las solicitudes elevadas con su respectiva respuesta.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fl 115-135 contestación reforma 220-247)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls 165-172 No contestó la reforma)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de febrero de 2020, el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: declarar la ineficacia de la afiliación del traslado realizado por la demandante con el fondo PORVENIR S.A el 1 de marzo de 1995, ordenó a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, ordenó a esta última entidad a recibir sin solución de continuidad como afiliados al RPMPD a la demandante desde su afiliación inicial al ISS y que proceda aceptar el traslado junto con el saldo de la cuenta de ahorro y una vez hecho esto, reconozca, liquide y pague la pensión de vejez conforme los lineamientos de la ley 71 de 1988, pensión que deberá ser reconocida a partir de que acredite su desafiliación al sistema y haga la solicitud pensional ante COLPENSIONES; declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas; condenó en costas a los fondos demandados y a favor de la demandante, tasando las agencias en derecho en la suma de 2 SMLMV al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, ante la imposibilidad jurídica de efectuar la activación al RPMPD por cuanto de manera libre, voluntaria y espontáneamente en ejercicio del derecho de libre albedrío la demandante tomó la decisión de trasladarse del RPMPD al RAIS y por tanto ya no tiene la oportunidad de retornar al mismo como lo dispone el art. 2 de la ley 797 de 2003 la cual modificó el art. 13 de la ley 100/1993 en su numeral e, sobre todo cuando a la fecha cuenta con 61 años de edad, no habiendo nulidad o ineficacia del acto celebrado, además que no hizo uso del derecho de retracto y se encontraba en una mera expectativa de adquirir su derecho pensional; y por último, la decisión de nulidad afectaría la sostenibilidad financiera del sistema pensional pues el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común y el RAIS.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., al considerar que el formulario de afiliación no fue tachado de falso presumiéndose auténtico contando con toda la validez; además, la información brindada por el asesor de PORVENIR S.A fue clara, completa y comprensible a la luz de la ley 100/1993 y el decreto 663 del mismo año siendo que el deber de doble asesoría fue incorporado tan sólo a partir del año 2009, 2010 y 2014 por lo que para la época de la afiliación no era necesario realizar simulaciones o proyecciones, bastando con que el afiliado manifestara su voluntad firmando el formulario de afiliación, máxime cuando para ese entonces a la señora Luz Mery le faltaban más de 20 años para pensionarse, contando apenas con una mera expectativa, sin que pudiera rechazarse su afiliación y la opción de regresar al RPMPD nació con la ley 797/2003, esto es, en fecha posterior a la afiliación, evidenciándose su voluntad de permanecer en el RAIS con las cotizaciones que realizaba, lo que le generó rendimientos que reflejan la buena administración que realizó PORVENIR S.A sobre estas cotizaciones, y si ello es así la declaratoria de nulidad daría lugar a que los rendimientos no se produjeron.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que no se observó ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido la actora toda la información necesaria la cual se evidencio con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones. Finalmente,

se afectaría el principio de sostenibilidad financiera. Por otro lado, la parte actora guardó silencio. Por otro lado, la parte actora insiste en que se confirme el fallo de primera instancia pues quedó probado que no cumplieron con el deber de información al momento del traslado.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para la declaratoria de la ineficacia del traslado tener una expectativa legítima, **iii)** si el formulario de afiliación firmado fue debidamente valorado determinando si con él se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **iv)** si la permanencia en el RAIS sana la nulidad del traslado de régimen, y **v)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **vi)** si PORVENIR S.A está o no obligada a girar a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de nulidad todas las sumas y conceptos ordenados por el A quo tales como sumas adicionales tales como los rendimientos, y **vii)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con

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

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

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

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

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

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

cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

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

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

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

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

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

concreta y real.

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 182 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 5 de marzo de 1995 con efectividad a partir del 1º de abril de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 174, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

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

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 5 de marzo de 1995 con efectividad a partir del 1º de abril de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde el año 1995 genere la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras

de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014); reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de PORVENIR S.A.

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

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

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

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera

instancia.

COSTAS

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

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

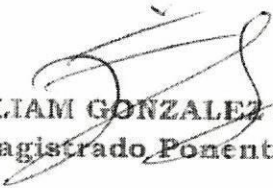
RESUELVE

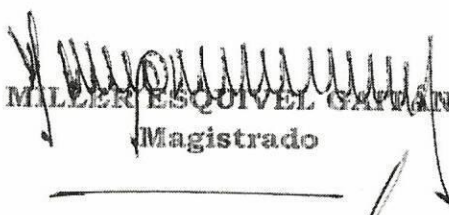
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LUZ MERY RABELLY RODRIGUEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

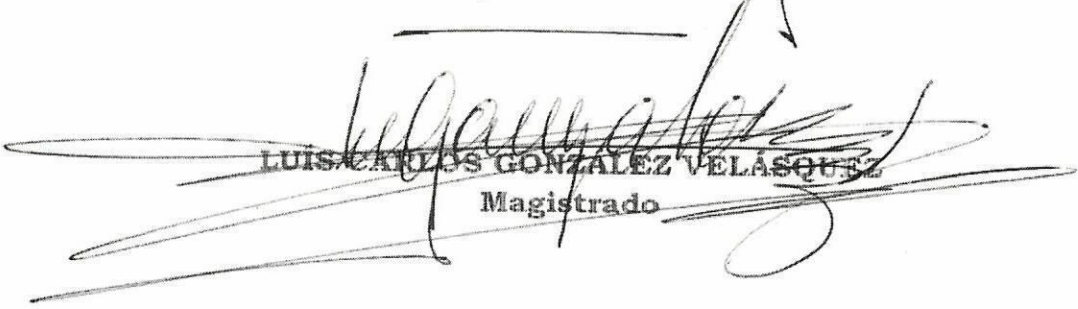
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A, y COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.00. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105034201800310-01

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

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

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MIGUEL TORRES MARRUGO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. NORTHEY ALEJANDRA HUERFANO HUERFANO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.074.475 de Btá y portadora de la Tarjeta Profesional No. 287.274 del Consejo Superior de la Judicatura conforme al poder de sustitución obrante a folio 416; así mismo se reconoce al Dr. NICOLAS EDUARDO RAMOS RAMOS identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 de Btá y portador de la Tarjeta Profesional No. 365.094 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado sustituto de PORVENIR SA según folio 421.

ANTECEDENTES

MIGUEL TORRES MARRUGO, pretende se declare la nulidad de la afiliación realizada el día 14 de mayo de 1996 a PROTECCIÓN S.A y los subsiguientes traslados a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS por existir engaño y asalto en su buena fe para que se trasladara al RAIS, y como consecuencia, se ordene a COLPENSIONES a recibir su afiliación de nuevo de manera inmediata y automática al RPMPD como si su traslado al RAIS nunca se hubiera dado, se condene a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de los aportes realizados como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art 1746 del C.C y sin descontar ninguna suma de dinero por concepto de gastos de administración y el pago de costas a cargo de las demandadas.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 2 de 1957, escogió como su primer fondo de pensiones el ISS desde el 20 de junio de 1984 hasta el 14 de mayo de 1996, encontrándose laborando le presentaron la AFP PROTECCIÓN S.A como una buena opción para afiliarse pues se podía pensionar a cualquier edad y recibir mayor rentabilidad en sus ahorros lo hacía acreedor de un mayor capital, en el momento del traslado omitieron informarle que en el régimen que se encontraba obtendría una mesada pensional mucho más alta a la que obtendría en el RAIS, tampoco le explicaron que debía tener un capital mínimo suficiente para hacerse acreedor a una eventual pensión, tampoco recibió una proyección de lo que podría llegar a ser su pensión bajo el RAIS, entre otros aspectos, firmó el formulario de afiliación trasladándose a PROTECCIÓN S.A, en los mismos términos se tramitaron los posteriores traslados entre fondos privados todos entrados en errores por omisiones de los asesores comerciales de dichas entidades, en las simulaciones se evidencia que en COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS para cuando cumpliera 62 años su pensión sería de \$2.624.182 y en COLPENSIONES sería de \$4.195.046 una diferencia absolutamente significativa,, razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad del traslado siéndoles negadas, ha venido cotizando sus aportes a pensión sobre un IBC de \$6.771.665. (fls 4-21 Sub 89-98)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y la genérica (fls 201-221).

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. (fls 270- 279)

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones que denominó como falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos y obligación a cargo exclusivamente de un tercero (fls 291-314)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 340-348)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad del traslado realizado por el demandante del RPMPD al RAIS efectuado el 23 de mayo de 1996 a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A y los subsiguientes traslados a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, condenó a esta última entidad a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas, declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandas, absolvió a las demandas de las demás pretensiones, condenó en costas a la demandada COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A se fijó como agencias en derecho la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes por cada una de ellas.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., porque se declaró la nulidad del traslado y se condenó en costas, en cuanto a lo primero ya que su participación en este trámite fue como un tercero de buena fe en la medida en que recibió un traslado horizontal de un afiliado al RAIS, quien llevaba más de un año en el RAIS y no estaba incurso en ninguna prohibición para recibir dicha afiliación, sin que se evidencie atentado contra su libertad de elección de acuerdo a lo establecido con el art 13 de la ley 100/1993, razón por la cual su afiliación fue voluntaria sin acreditar la presencia de un vicio del consentimiento, debiéndose revocar lo correspondiente a la condena en costas toda vez que actuó como un tercero de buena fe.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, porque el demandante diligenció cada uno de los formularios de manera libre, espontánea y voluntaria aun cuando indique que fue por coerción o por la necesidad de obtener un trabajo y por las indicaciones de sus jefes inmediatos, ya que tenía a su disposición el uso del derecho de retracto del cual no hizo uso efectivo en su momento durante estos 24 años que se encontró afiliado con la AFP, también realizó durante este tiempo aportes continuos, periódicos a estas entidades que pueden dar un saneamiento por el tiempo en que el mismo estuvo afiliado a estas AFT, asimismo era imposible realizar una proyección del futuro de una mesada pensional dado a que se tenía desconocimiento de su futuro laboral o de un futuro sueldo que le fuera más favorable, por último se afectaría el principio de sostenibilidad financiera.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al considerar que la afiliación fue de manera libre y voluntaria y se suscribió bajo la normatividad vigente para la fecha en que realizó el traslado de AFP, el formulario de afiliación que es válido y exigible y está enmarcado en la normatividad de la Superfinanciera, en ese sentido debe tenerse presente que realizó diferentes traslados de manera horizontal y específicamente volviendo a ese fondo en 4 oportunidades en las cuales si bien en el interrogatorio manifestó que habían sido por darle gusto al empleador también es cierto que podía de manera libre optar por realizar preguntas o acercarse a cualquiera de los canales de atención, adicionalmente fueron diferentes actos jurídicos que suscribió en los cuales ni siquiera tuvo la mínima diligencia de leer el formulario de afiliación, asimismo hay una ratificación de la voluntad de querer permanecer en el RAIS que ahora no está bien después de 20 años por un

motivo económico o porque su razón principal sea que COLPENSIONES hoy es del Estado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que no se observó ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido la actora toda la información necesaria la cual se evidencio con la suscripción del formulario de afiliación, asimismo no hizo uso de su derecho de retracto sino decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria, por lo que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones, además está inmersa en la prohibición legal de retornar. Finalmente, se afectaría el principio de sostenibilidad financiera. Por otro lado, la parte actora guardó silencio. Por otro lado, la parte actora insiste en que se confirme el fallo de primera instancia pues quedó probado que no cumplieron con el deber de información al momento del traslado.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por el demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si la permanencia en el RAIS por 24 años sana la nulidad del traslado de régimen **iv)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **vi)** si PORVENIR S.A está obligada al pago de costas. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que

encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 222 obra la solicitud de vinculación y traslado del RPMPD administrado por el ISS al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A., diligenciado el 14 de mayo de 1996 con fecha de efectividad del 1º de julio del mismo año, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folio 228, se constituyen como pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó que en la oficina de su jefe para esa época llegó un asesor de PROTECCIÓN S.A, trabajador por trabajador iban pasando y firmaban el formulario de afiliación el cual ya estaba diligenciado, no le dieron asesoría previa antes de trasladarse, el asesor no les informó sobre nada y no tuvo oportunidad de hacer preguntas, no recibió extractos trimestrales, tampoco fue a buscar asesorías a las oficinas de PROTECCIÓN S.A, como su cargo es de libre remoción hay un vínculo con el jefe y pues por subordinación su jefe decide a qué fondo trasladarse, él quiere retornar porque en COLPENSIONES lo liquidan en base de los últimos 10 años.

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

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

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PROTECCIÓN S.A 14 de mayo de 1996 con fecha de efectividad del 1º de julio del mismo año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde hace 24 años genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos,

desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

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

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

DE LA CONDENA EN COSTAS

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

Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones. Las de primera instancia se confirman.

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

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

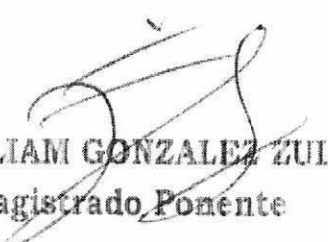
RESUELVE

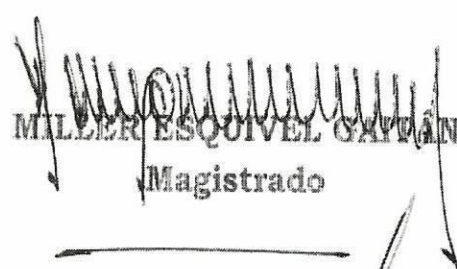
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MIGUEL TORRES MARRUGO contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

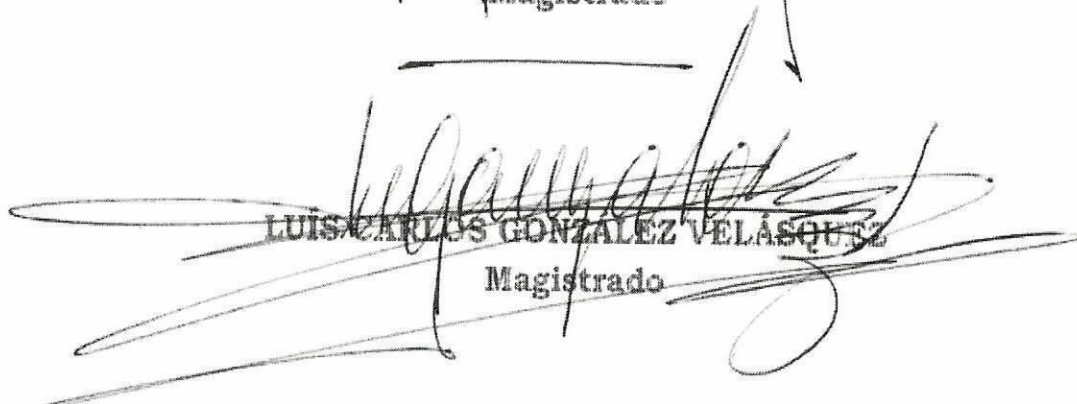
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO Expediente: Rad.
110013105013201900327-01**

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 18 de febrero de 2020 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA LUCIA CRUZ FUENTES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA, y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES en los términos y para los efectos del poder obrante a folios 206 y ss.

ANTECEDENTES

CLAUDIA LUCIA CRUZ FUENTES, pretende que previa declaratoria de cada uno de los hechos de la demanda, se declare la nulidad del traslado inicial del RPMPD que manejaba el ISS hoy en día COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A, así como su activación en el RPMPD, disponiendo que PORVENIR S.A devuelva todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora junto con

los rendimientos causados como lo dispone el art 1746 del C.C, ordenando a COLPENSIONES tramitar el recaudo de los dineros que posee PORVENIR S.A por todo concepto como afiliada al fondo de pensiones, lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 5 de febrero de 1961, cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 1/1/1981 hasta el 31/12/2006 que administraba el ISS para un total de 1112 semanas, se trasladó del ISS a PORVENIR S.A siendo su primer aporte en mayo de 2007, la AFP no le dio información al momento del traslado inicial del sistema pensional de cuáles eran los requisitos para pensionarse en este sistema de acuerdo a su historia laboral y el cargo que estaba desempeñando, el ISS guardó silencio en cuanto al cambio del sistema y no le suministró ninguna información relacionada con sus derechos pensionales y requisitos para adquirir la pensión en el RAIS y en el RPMPD, PORVENIR S.A no le suministró un cálculo actuarial que permitiera establecer la diferencia entre ambos regímenes, no le informó que el valor de la pensión depende de la modalidad de retiro programado y que el posible monto pensional estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por la tasa de interés del mercado, el nivel de riesgo de inversión en el portafolio del fondo privado, el alto costo de la venta del bono pensional en el mercado secundario para una pensión anticipada, tampoco sobre los gastos de administración, entre otros aspectos, faltó al deber profesional de analizar la situación pensional particular para aconsejar de forma honesta y diligente sobre la conveniencia o no del traslado y vulnero las expectativas legítimas para pensionarse bajo las condiciones más favorables, ha cotizado semanas que le permiten pensionarse en el RPMPD con el 80% de IBL, no le suministró información clara, completa y cierta acerca de las consecuencias y efectos futuros de abandonar el RPMPD y trasladarse al RAIS, razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado siéndole negadas. (fl 4-30)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con la edad, las semanas cotizadas, su traslado a PORVENIR S.A, las solicitudes elevadas con su respectiva respuesta y que se agotó la vía gubernativa ante COLPENSIONES.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada. (fl 91-102)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls 117-126)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de febrero de 2020, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a las demandadas de las peticiones incoadas en su contra, condenando en costas al demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$700.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en procura de que sea revocada la sentencia de primera instancia, pues de acuerdo al acervo probatorio se evidencia que si el afiliado hubiera recibido la información de manera clara en el momento en que se trasladó del ISS al RAIS no hubiera tomado esa decisión, pues nunca le informaron los beneficios en el RPMPD, no se le hizo un estudio personal ya que cuando se trasladó tenía más de 1150 semanas cotizadas entonces lo que le faltaba era el 10% del tiempo para obtener su pensión en el RPMPD, habiendo incumplido la demandada con su obligación probatoria, tornándose insuficiente el sólo interrogatorio absuelto por el actor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES solicitan que se confirme el fallo de primera instancia, insistiendo en que no se observó ningún vicio en el consentimiento, por lo que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones. Por último, consideran que al declarar la ineficacia del traslado afectaría la sostenibilidad financiera del RPMPD. Por otro lado, el apoderado de la parte actora, solicita que se revoque el fallo, pues los traslados horizontales entre AFP no subsana el error de que no le hayan suministrado la información clara, precisa y especializada en el momento del traslado, por último, no existe prueba de haberse realizado una asesoría adecuada.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en general lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

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

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

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

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

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

y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso". (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 127 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 24 de noviembre de 2006 con efectividad a partir del 1º de enero de 2007, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 128, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó que se trasladó porque la persona de PORVENIR S.A que fue hacerle la visita a su casa le dijo que iba a tener una mejor pensión al cumplir los años de jubilación, además que al ser un fondo privado iba a producir mucho más dinero y su pensión sería mayor que en COLPENSIONES, y aunque conocía los requisitos para pensionarse en el ISS, la asesora fue quien llenó el formulario y seguidamente ella lo firmó.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 24 de noviembre de 2006 con efectividad a partir del 1° de enero de 2007, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

COSTAS

Se condenará en costas de esta instancia a las demandadas. Se **REVOCAN** las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 18 de febrero de 2020 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por CLAUDIA LUCIA CRUZ FUENTES en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante CLAUDIA LUCIA CRUZ FUENTES a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, el 24 de noviembre de 2006 con efectividad a partir del 1° de enero de 2007, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

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

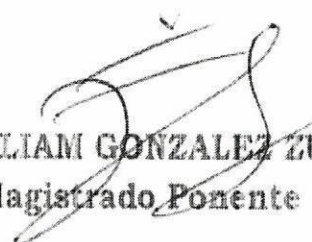
CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación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

QUINTO: CONDENAR en COSTAS de ambas instancias a las demandadas. Fíjese como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$1.000.000 en favor de la parte demandante a cargo de cada una de ellas.

SEXTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

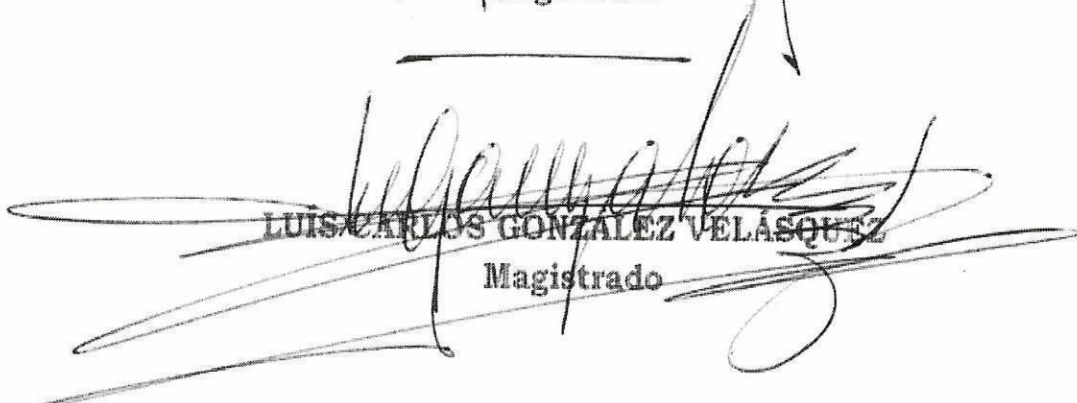
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado