



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-018-2019-00413-01. Proceso Ordinario de Florelia Inés García Palencia contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de octubre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado a la AFP Protección S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación,



teniéndolo como válidamente afiliado a dicha entidad, actualizando su historia laboral y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 18 de marzo de 1958, cumpliendo la edad de pensión el mismo día y mes del año 2013, afiliándose al RPM el 29 de abril de 1991, donde cotizó un total de 258 al ISS y otras cajas de previsión social; que la actora es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que se trasladó el 26 de noviembre de 1997 a la AFP Protección, sin embargo, la decisión del traslado no estuvo precedida de la suficiente ilustración respecto de los regímenes pensionales, pues no se brindó la debida información; que hasta el 31 de mayo de 2019 la actora cotizó un total de 1.075 semanas, por lo que computadas las mismas arrojan un total de 1.333 semanas cotizadas en el Sistema General de Pensiones; que Protección S.A. le informó a la demandante que su pensión a la edad de 60 años sería por la suma de \$781.242, no obstante, la actora registra un IBL por el monto de \$3.840.628, al que aplicándole una tasa del 90% arrojaría una primera mesada pensión por la suma de \$3.456.565; que elevó derecho de petición ante Protección S.A. solicitando la nulidad de traslado el 30 de mayo de 2019, petición que fue elevada en idénticos términos respecto de Colpensiones el 31 del mismo mes y año.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y como consecuencia de ello, ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, teniéndola como válidamente afiliada al RPM. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa



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

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

La apoderada de Protección S.A. interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la sentencia proferida en lo relativo a condenar a protección a trasladar los gastos de administración indexados, teniendo en cuenta que con la sentencia dictada que ordena devolver los aportes, más los rendimientos financieros, más los gastos de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa por Colpensiones, teniendo en cuenta que son dineros que no están destinados a financiar la pensión de la demandante, aunado, con que ya se trasladan los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión efectuada por la administradora, y mucho menos indexados, por cuanto los rendimientos han sido óptimos a favor de la actora, así como que tiene derecho a conservar los gastos de administración como una restitución y que no posibilita a trasladarlos a Colpensiones, pues los gastos son descuentos autorizados en la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, que permiten una deducción del 3%, respecto del 16% de los aportes efectuados por los afiliados al Sistema General de Pensiones. En igual sentido, frente a la prima del seguro la misma fue girada a una aseguradora por los siniestros de sobrevivencia e invalidez que en caso de una contingencia serviría para la concesión de la prestación, prima que fue pagada mes a mes durante la



afiliación de la demandante desde el año 1997, estando imposibilitada la demandada de efectuar la devolución y remitirla a Colpensiones, pues es un tercero de buena fe y no tuvo que ver con el contrato suscrito entre la demandante y Protección S.A. En caso de mantenerse la condena de los gastos indexados, se está constituyendo en una presencia de condena en perjuicios contra el patrimonio de protección, debiéndose validar con una responsabilidad civil, el que no fue materia de prueba, ni demostrada al interior del proceso, gastos respecto de los cuales, incluso opera la prescripción consagrada en el artículo 488 del C.S.T.

Finalmente, el apoderado de Colpensiones solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que los múltiples pronunciamientos que han efectuado las Altas Cortes en lo que se han fijado parámetros para la declaratoria de ineficacia, no se puede dejar de un lado la particularidad de cada caso, que incluso se han pronunciado al respecto, por lo que se deben tener en cuenta que en el interrogatorio realizado nos encontramos frente a una persona capaz, consiente y con unas capacidades académicas que permiten establecer que la decisión de afiliación al RAIS estuvo precedida de la información necesaria y claridad respecto de su futuro, sin que pueda considerarse que la fluctuación del trabajo, el incremento en su salario, puedan permitir mejores réditos que no se suministró la información necesario como lo indicó el Dr. Rigoberto Echeverry Bueno en la aclaración de la sentencia SL 1752 de 2019. Aunado a ello, la ineficacia es necesaria cuando era beneficiario del régimen de transición, o contaba con unos de los requisitos para el derecho pensional o incluso para quienes tenían una expectativa, sin embargo, en el caso de la demandante no se basa en que la AFPA no realizó proyección, por lo que se debe indicar que dichas proyecciones no son pruebas útiles pues la demandante decidió su afiliación entre las opciones que se le daban, las que además se impusieron con el Decreto 2071 de 2015. Ahora bien, frente a la



carga dinámica de la prueba no es genérica y sin ponderación de las partes en el proceso, pues es evidente que quien afirma un hecho, debe soportar la carga, por lo que cada parte debe acreditar su dicho, no obstante, se puede invertir la carga, respecto de quien puede probar más fácilmente, exigiéndose una igualdad entre las partes, más aún, cuando no se puede soportar la ignorancia de la Ley, pues se informó que no tuvo conocimiento de las ventajas y desventajas de cada régimen, pues las características de los mismos están en el artículo 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, norma que es de alcance nacional e impone su conocimiento en los términos del artículo 11 del Código Civil. Lo que implica la ineficacia, es una pérdida a la sostenibilidad financiera del sistema y no se puede generar la condena en costas, pues el actuar de la entidad se ajusta a la Constitución y la ley, que no pueden ser obviadas en ningún momento, por lo que la actuación de Colpensiones se ajustó a tales preceptos.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con



Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

De otra parte, interesa tener en cuenta que aun cuando al momento del traslado la demandante se encontraba afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE–, también lo es, que con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

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

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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas



denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio y que en todo caso, debería ser cobrada por Colpensiones durante el período en el que se mantenga la afiliación.

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



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

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, sin que ello pueda generar un detrimento patrimonial en cabeza de la AFP, ni un enriquecimiento sin justa causa por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos emolumentos y no la administradora privada.

Así mismo, debe resaltarse que si bien se aduce el pago de los seguros previsionales a terceros de buena fe, que se podrían ver afectados con la decisión aquí adoptada, también lo es, que dicha conclusión no es acertada, en el entendido que tal como se ha referido a lo largo de esta decisión, quien debe correr con los perjuicios de la falta de información, es la administradora de pensiones privada, quien no cumplió con la obligación contenida en la Ley y por ello, deben responder con los recursos propios



respecto de las cuotas de administración, así como, de los seguros previsionales.

Ahora bien, frente a la indexación de los gastos de administración, es necesario precisar que los mismos al no depositarse en la cuenta de ahorro individual de la señora Florelia Inés García Palencia, no generaron ningún tipo de rendimiento en favor de la afiliada y por tanto, es necesario su actualización con ocasión de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, por lo que se confirmará la decisión de primera grado en dicho sentido.

Finalmente, se revocará parcialmente la condena impuestas contra Colpensiones, pues tal como lo refiere el apoderado de la demandada, en el acto jurídico de traslado no intervino la entidad pública, sino tan sólo la demandante y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., aunado, con que si bien se puso a la prosperidad de las pretensiones, ello fue para salvaguardar la sostenibilidad financiera del RPM, así como, para evitar el reconocimiento de derechos pensionales que surjan con posterioridad a la declaratoria de ineficacia.

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

DECISIÓN:

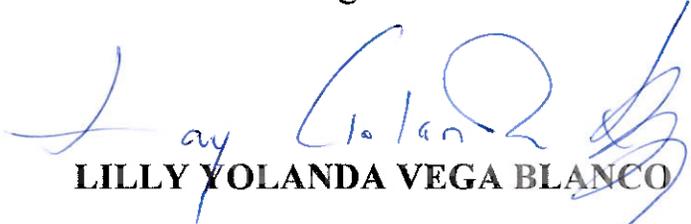
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,



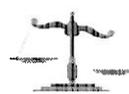
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada Colpensiones de la condena en costas impuestas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: AUTORIZAR** a **COLPENSIONES** para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta sentencia. **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **CUARTO: COSTAS** de ambas instancias únicamente a cargo de la encartada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; fíjense como agencias en derecho la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
 Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
 Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
 Magistrado *Solvo voto posicial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2019-00127-01. Proceso Ordinario de Fernando Alonso Gómez Montañez contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el 22 de octubre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la AFP Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación,



junto con los rendimientos financiero, sin lugar a descuento alguno por comisiones, teniéndolo como válidamente afiliado a dicha entidad y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 18 de mayo de 1960, vinculándose al ISS hasta el mes de junio de 1998, donde cotizó un total de 574 semanas; que se trasladó a la AFP Colpatria el 8 de julio de 1998, no obstante, no se le informó acerca de las ventajas y desventajas de cambiarse de régimen pensional, la afectación sobre el monto de la mesada y el bono pensional, que la mesada dependería del capital ahorrado, así como, que se generaría una diferencia del 33% entre las prestaciones, que se podía trasladar antes de que le faltare menos de 10 años para cumplir la edad de pensión, ni proyección alguna que le permitiera determinar la información completa sobre el valor de su mesada pensional; que se trasladó a la AFP Porvenir el 22 de febrero de 2013, en la que tampoco se brindó la debida información; que solicitó simulación pensional ante Porvenir el 19 de junio de 2018, en la que se le informó que su mesada pensional a la edad de 62 años sería por la suma de \$2.227.200, no obstante, en el RPM el monto sería por \$5.998.600; que radicó solicitud de traslado ante Colpensiones el 19 de noviembre de 2018, obteniendo respuesta negativa por parte de la entidad en la misma fecha; que elevó solicitud de nulidad ante Porvenir S.A. el 19 de noviembre de 2018, la que fue negada mediante oficio del 20 de noviembre de 2018.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, teniéndola como válidamente afiliada al RPM. Lo anterior, por



cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

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

La apoderada de Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la sentencia proferida y se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas, teniendo en cuenta que en el caso bajo estudio la información brindada en el año 1998 se entregó de forma verbal, sin que existiera razón alguna de dejar constancia alguna de la misma, pues se perfeccionaba con el formulario de afiliación, sin que se pueda imponer carga distinta para acreditar la información al momento de traslado, cumpliendo así con los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994, que establecía deber de información distinto del Decreto 3271 de 2015, frente a suministrar información escrita, sin que existiera dicha obligación, cumpliendo con los requisitos legales por parte de Porvenir, sin que se pueda declarar la ineficacia y traslados posteriores, más aún, cuando el actor lo eleva cuando está cerca de cumplir requisitos de pensión, de lo que se denota no una falta al deber de información o engaño, pues lo que le afecta al actor, es una discrepancia económica que no puede ser entendida como circunstancia de la ineficacia, sin embargo, la nulidad e ineficacia, está prescrito pues el reclamo del actor es la afiliación realizada en el año 1998, ya que no se controvierte la causación del derecho pensional, sino la afiliación, situación que sí es objeto de



declaratoria de prescripción en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. la exigibilidad de los derechos surge desde el momento de la omisión y sin que se acepte la responsabilidad de porvenir, no solo se obliga a devolver los aportes, sino también el bono pensional, pero de acreditarse tal bono debe ser trasladado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no a Colpensiones. Frente a los gastos de administración, indicó que la demandada no incurrió en una falta del derecho y no se puede afectar el patrimonio de la entidad, más cuando la gestión de administración la realizó Porvenir y no Colpensiones, generando detrimento a cargo de la impugnante y un enriquecimiento a favor de Colpensiones, además que es una suma causada y generada por la gestión, generando una serie de rendimientos que se ordenan trasladar, fundamentos por los que se deben desestimar las súplicas de la demanda.

Finalmente, la apoderada de Colpensiones solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que no se debe declarar la ineficacia, ni la afiliación en Colpensiones, en la medida que pretende dejar sin efectos jurídicos un acto válido, a tal punto que el demandante realizó aportes al fondo privado, adquiriendo obligaciones, por lo que no se pueden derivar obligaciones con cargo a la entidad y para lo cual se debe tener en cuenta la sentencia SL 4934 de 2020 y SL 1061 de 2021, en donde no casa la sentencia, por cuanto se advierte que la persona deseaba continuar en el régimen, por lo que tales actos de relacionamiento son acciones concretas para elevar solicitudes de actualización de datos, información de saldos, cambios de claves, entre otros. De igual forma se debe tener en cuenta la sentencia proferidas por el Tribunal de Bogotá y la Corte Constitucional que se han proferido sobre la nulidad del traslado y han revocado decisiones de primera instancia, bajo el argumento que el afiliado no está excluido de su deber de informarse respecto de su traslado y que los perjuicios que se causen por omisión u error de la AFP, no pueden trasladarse. Por último, en caso de confirmarse el traslado, solicita se



ordene a la AFP reintegrar las cotizaciones conforme SL 3189, SL 4989, SL 1421 de 2019, estos es, aportes, cuenta de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación bonos pensionales, seguros previsionales y gastos de administración, sin que se impongan gastos de segunda instancia, pues la entidad no tuvo rol alguno al momento del traslado.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio y que en todo caso, debería ser cobrada por Colpensiones durante el período en el que se mantenga la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros,



que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración, seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación del demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

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

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, sin que ello pueda generar un detrimento patrimonial en cabeza de la AFP, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien



debería proceder con el cobro de dichos emolumentos y no la administradora privada.

Finalmente, es necesario aclarar que si bien la obligación de dejar constancia escrita de la información brindada al afiliado es posterior a la afiliación realizada en el mes de julio de 1998, también lo es, que el deber de información que ostentan las administradoras de pensiones privadas se encuentra consagrado en el Estatuto del Consumidor Financiero, así como el deber del buen consejo, precepto que puede acreditarse por cualquier medio de prueba, sin que sea necesario que el mismo fuese escrito, no obstante, lo que no puede pretender la AFP, es que con el simple diligencia de un formato de afiliación pre impreso, se llegue a la certeza de que el afiliado en efecto recibió la información acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional y las implicaciones que a futuro genere su traslado.

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

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2019-00127-01. Proceso **Ordinario** Fernando Alonso Gómez Montañez contra Colpensiones y Otro (Apelación **Sentencia**).

derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de ambas instancias cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Se ha veto por el*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 038 2019 00771 01 Proceso Ordinario
Apelación de sentencia José Albino Ibagué contra Administradora
Colombiana de Colpensiones y Otra.**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad por ineficacia de su afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante la omisión de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. del deber de información, y que su vinculación al régimen de prima media con prestación definida administrada por Colpensiones permaneció



incólume; se ordene su afiliación y traslado a esta última, y a inscribirlo sin solución de continuidad, y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, gastos de administración y demás dineros aportados durante todo el tiempo en que estuvo afiliado.

En lo que interesa al asunto como sustento de sus pretensiones expresó que nació el 30 de julio de 1957, que para el mes de marzo de 1999 cuando prestaba servicios en Fundación Universitaria de Boyacá, fue abordado por un Asesor Comercial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. con el objeto de que se trasladara al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Señaló que el Agente Comercial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que promovió su traslado, no contaba con el título ni la formación profesional en el régimen de seguridad social en pensiones y por ello no conocía de las particularidades de los regímenes pensionales existentes.

Afirmó que Porvenir S.A. no le informó ningún aspecto general ni propio, respecto de su afiliación y futuro pensional en el régimen de prima media con prestación definida, ni que había cotizado en el régimen de prima media con prestación definida el 70,80%, tampoco le informó que su pensión de vejez jamás superaría el 25% del IBC, ni como opera financieramente el fondo privado de pensiones ni la cuenta de ahorro individual.

Aseveró que el asesor comercial de Porvenir S.A. para persuadirlo le enfatizó que el Instituto de Seguros Sociales no podría garantizarle el reconocimiento de la pensión de vejez, dada su grave situación económica, pero que una vez e trasladara aseguraría la recuperación y custodia del bono pensional y que la



pensión que le reconocería Porvenir S.A. siempre sería superior porque en el RAIS sí generaba rentabilidad sus aportes.

Afirmó que no se le informó que el valor de su pensión y el tiempo de su pago dependería de la modalidad que escogiera, ni que la negociación del bono pensional implicaba un importante sacrificio financiero que impactaba negativa su pensión.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo en esencia que el demandante no allega prueba sumaria de las razones que sustentan la omisión al deber de información al momento del traslado. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte Colpensiones adujo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y que no probó error, fuerza o dolo en la afiliación. Propuso en defensa las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones.

Inconforme con la determinación la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación el cual fue concedido.



FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente en esencia, en primer término, que la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado desconoce el precedente vertical sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia durante más de 15 años en estos casos, conforme al cual se le obligaba a indagar acerca de la asesoría brindada al accionante.

Agrega en el mismo sentido que el servidor judicial de primer grado aplicó una sentencia insular, en la que se hace alusión a los actos de relacionamiento, pero que a su juicio la sola permanencia del afiliado no puede ser considerada como uno de tales actos, máxime cuando en la referida decisión se adoptó por los múltiples traslados del demandante.

Así mismo sostiene que el precedente relativo a la afiliación tácita, al que hizo alusión el servidor judicial de primer grado no es aplicable al presente asunto, en tanto que en dicha decisión el problema jurídico se relacionaba con el reconocimiento de una pensión, bajo las consideraciones de la afiliación, mientras que el presente asunto es totalmente distinto.

Afirma que en un primer momento se analizó el asunto bajo el aspecto de la formalidad, esto es, la suscripción del formulario de afiliación, sin embargo, desconoció que esto no hacía parte del problema jurídico y que el demandante al absolver interrogatorio de parte señaló que suscribió dicho formulario en blanco, aspecto que no le mereció ningún análisis al juez de primer grado.

Sostiene que bajo la tesis el juez que expuso el servidor judicial de primer grado conforme con la cual el fondo no podía negarse a recibir una afiliación, implica que tenía que validar incluso formularios no autorizados



porque no podía desconocer una afiliación, pero que en el asunto se encuentra en controversia el formulario en blanco.

De otra parte, sostiene que la decisión de primer grado desconoce el artículo 13 de la Constitución Política, pues se discriminó a su mandante por el hecho de ser abogado, teniendo derecho a recibir la información.

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

CONSIDERACIONES

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió dar a conocer al demandante al momento del traslado las posibilidades del futuro de su derecho pensional, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas; exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones



conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Pues, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva y que contrario a lo que consideró el servidor judicial de primer grado constituyen razón suficiente para restar validez al acto del traslado del demandante, con mayor razón si este incluso refiere que suscribió el formulario de afiliación en blanco.

Ahora, no desconoce la Sala que, tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación

En este punto considera la Sala oportuno precisar que si bien el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, establece que las entidades administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual, no pueden rechazar la afiliación de las personas que cumplen requisitos y lo soliciten, también lo es, que esta circunstancia en modo alguno las libera de la obligación de cumplir con el pluricitado deber de información, acto que, conforme lo discurrido, debe ser anterior o preceder el acuerdo de voluntades dirigido a trasladarse de régimen pensional, de manera que no resulta de recibo el argumento que en tal sentido expone el servidor judicial de primer grado.



Así mismo, considera la Sala oportuno resaltar que la máxima Corporación de Justicia laboral expresó que “*el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia...*”²; de manera que, contrario a lo que consideró el servidor judicial de primer grado, ninguna injerencia tiene la permanencia de la afiliación del accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad, de cara al cumplimiento del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones al momento de su traslado.

Dilucidado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, por consiguiente, la Sala revocará la determinación que acogió el *aquo* a efectos de declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible su vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

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

² Sentencia SL 5686 del 6 de octubre de 2021, con ponencia del Magistrado Iván Mauricio Lenis Gómez.



pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución de dichos dineros surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha el demandante continúa afiliado a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el accionante.

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



Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en ambas instancias a cargo de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

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

SEGUNDO.- CONDENAR a Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante, con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales.

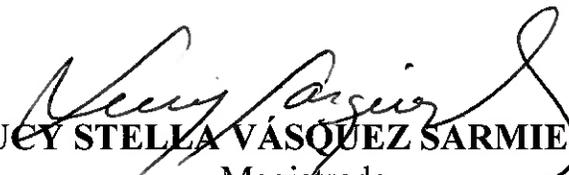
TERCERO.- ORDENAR a COLPENSIONES a recibir las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.



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

QUINTO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para su tasación inclúyanse como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$500.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Salvo veto parcial



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

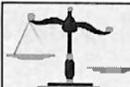
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-039-2019-00419-01. Proceso Ordinario de Jimmy Vanegas Vanegas contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de febrero de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación y se encuentren en la cuenta de ahorro individual y las costas del proceso.



Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 5 de septiembre de 1966, afiliándose al ISS a partir del mes de junio de 1991; que en el mes de abril inició proceso de entrenamiento para ingresar a la sociedad Avianca S.A., quien lo afilió a Colfondos el 15 de abril de 1997, documento que no fue firmado por el actor y que fue presentado como vinculación y no como traslado de régimen pensional; que no se le informó que con dicho formulario se estaba trasladando del RPM al RAIS, que contaba con 5 días para retractarse, ni que podía regresar 3 años después de realizado el traslado o que podría retornar antes de que le faltaran 10 años para adquirir la edad para el derecho pensional, así como, que debería contar en la cuenta de ahorro individual con un capital equivalente al 110% de un salario mínimo, tampoco se le hizo entrega de una proyección pensional y cifras comparativas o que incluso el monto de la mesada pensional dependería de su estado civil y edades de sus hijos; que el primer aporte efectuado por Avianca se realizó para el mes de julio de 1997, correspondiente al mes de junio; que la primera asesoría recibida por parte de Colfondos al demandante se realizó el 6 de marzo de 2018, para efectuar su retorno al RPM, sin embargo, nunca fue convocado para la doble asesoría; que renunció al cargo de piloto A320 en Avianca a partir del 30 de abril de 2018; que el 5 de abril de 2018 el actor cumplió 52 años de edad y presentó solicitud ante la AFP de traslado al RPM el 11 de octubre de 2018.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Colfondos S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración debidamente indexados y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, teniéndolo como válidamente afiliada al RPM, sin solución de continuidad. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor pudiera



establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

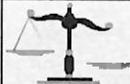
Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

El apoderado de Colfondos S.A. interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida en el sentido de condenar a la demandada a devolver los gastos de administración de forma indexada, así como el pago de seguros previsionales, ya que los gastos de administración se cobran de forma legal y tienen destinaciones específicas, que pretenden el pago de seguros para las contingencias de invalidez y sobrevivencia, eventualidades que siempre han estado cubiertas y se utiliza un porcentaje para la administración del fondo de pensiones, que generaron rendimientos en favor del actor, no obstante, en el proceso no se advierte prueba sumaria donde se acredite que existió un detrimento o daño en los aportes pensionales o en el capital que se destinará para la pensión y contrario a ello, con la gestión se generaron rendimientos que duplicaron o triplicaron la cuenta de ahorro individual que es lo que financia la pensión, teniendo en cuenta que al momento de devolverse los aportes, más los rendimientos, estos equiparan las sumas de gastos de administración, debiéndose aplicar lo concerniente con las restituciones mutuas, y que no plantean otro camino diferente a la nulidad, por eso se debe tener en cuenta que si bien Colfondos no tienen derecho a los descuentos de gastos de administración el demandante no tendría derecho a los rendimientos, existiendo un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandante y Colpensiones, pues son terceros que no participaron en la



gestión realizada, por lo que en caso de ordenarse los gastos de administración, no se condenen a los rendimientos por restitución mutuas, ya que la nulidad tiene fuerza de cosa juzgada y devolver las cosas hasta antes del acto nulo, debiéndose devolver los aportes, con gastos de administración, sin rendimientos, por lo que peticona hacer una ponderación entre tales conceptos, sin que haya un menoscabo como lo hace ver la juez de primera instancia. Aunado a ello, son comisiones causadas y pagadas durante la administración de la cuenta del demandante, siendo superiores los rendimientos que se hubieren generado en el RPM, que también se causan por Colpensiones, enfatizando, que los que no fueron reclamados en los tres años a su causación se encuentran prescritos, los que no hacen parte de la pensión. Finalmente, solicita se revoquen las costas y agencias en derecho, ya que la condena es excesiva pues actuó de buena fe y cumpliendo a cabalidad las obligaciones como fondo de pensiones.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que la demandada ha actuado conforme las normas, en razón a que el demandante hizo uso de su derecho de traslado pensional, sin que se realice presión o coacción alguna y su decisión fue libre, espontánea y voluntaria, sin que se presentara en su afiliación o permanencia alguna objeción o queja a los manejos y condiciones pensionales con las que cuenta el RAIS, aunado, con que el demandante no presentó solicitud de retorno al RPM, previo a cumplir con la edad de 52 conforme se establece en el artículo 2º de la ley 797 de 2003, que establece la prohibición de edad para obtener el derecho a la pensión y como lo establece el Estatuto del Consumidor Financiero, el actor tenía el deber de información y no solo la AFP, el mismo tenía deber de diligencia y adecuarse al sistema en el cual estaba afiliado desde el año de 1997 y por tanto como el actor no cumplió con su deber de solicitud de información, se ratifica su voluntad de mantenerse en el RAIS y



por ello conforme con el artículo 1754 la afiliación sería válida y saneado cualquier vicio, además, que ha transcurrido más de 10 años desde 1997 y conforme con el artículo 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T., se encontraría prescrita la oportunidad para interponer la nulidad o acción de devolver al RPM, sin que se menoscabe el derecho pensional que está garantizado en el RAIS, prescripción que se enfoca respecto de los actos jurídicos, feneciendo el término para devolver al régimen anterior, y en caso de confirmarse la decisión, se ordene a la AFP a normalizar la afiliación en el sistema SIAFP y se entreguen los archivos correspondientes al actor.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

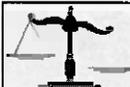
En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES

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

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente



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

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

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

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

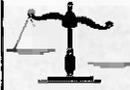
Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen

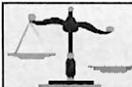


posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

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

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

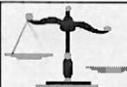
“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un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



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

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

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



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

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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo



estudio y que en todo caso, debería ser cobrada por Colpensiones durante el período en el que se mantenga la afiliación.

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

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

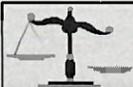
Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de



1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, sin que ello pueda generar un detrimento patrimonial en cabeza de la AFP o un enriquecimiento sin justa causa en cabeza del actor o de la Administradora Colombiana de Pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos emolumentos y no la administradora privada.

Ahora bien, frente a las restituciones mutuas que solicita el apoderado de la administradora privada, referente a que con la devolución de los rendimientos se hace innecesario el pago de los gastos de administración o que en caso de ordenarse dicho pago, no es posible remitir los rendimientos, sin embargo, en primer lugar se debe reiterar, que como se ha dicho en el transcurso de esta sentencia, quien debe correr con los perjuicios que se ocasionen con la falta al deber de información, es la administradora privada quien no cumplió con la obligación contenida en el Estatuto del Consumidor Financiero y en segundo lugar, por cuanto no se hubieran generado los rendimientos que adujo el apoderado de la parte demandada, sino no se hubieran efectuado los aportes por el afiliado, pues con dicho capital se realizaron las inversiones correspondientes, que generaron los réditos aducidos por la encartada.

Finalmente, frente a la absolución de las costas que aduce la AFP, si bien no se puede aducir mala fe en el actuar desplegado por la administradora privada, también lo es, que los artículos 365 y 366 del C.G.P., establece la condena en costas a la parte vencida, siendo Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., quien fue derrotado en el litigio, aunado, con que fue dicha

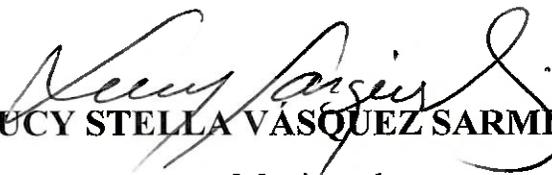


encartada quien intervino en el acto jurídico de traslado y por ello, debe acarrear las consecuencias de tal situación.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.

DECISIÓN:

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


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-039-2019-00419-01. Proceso Ordinario Jimmy Vanegas Vanegas contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Salvo voto parcial



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-035-2020-00005-01. Proceso Ordinario de Blanca Patricia Rodríguez Casallas contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de febrero de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

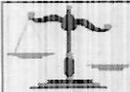
Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como al traslado horizontal y como consecuencia de lo anterior, se condene a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a devolver a Colpensiones todos



los valores que recibió con motivo de su afiliación, junto con los rendimientos respectivos y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 8 de octubre de 1961, contando con 58 años de edad, afiliándose al ISS; que se trasladó a la AFP Porvenir el 23 de marzo de 1995, no obstante, al momento de efectuarse el traslado no le fueron informados los beneficios y perjuicios del traslado, tales como que el monto de la prestación sería inferior, que le cobrarían comisiones por su pertenencia al RAIS, no le realizaron proyecciones pensionales, que podría retractarse de su afiliación al RAIS; que la actora se afilió a Colfondos el 17 de noviembre de 1999, surtiendo sus efectos a partir del 1° de enero de 2000, sin que le fuera advertido por parte de la administradora privada, la imposibilidad de trasladarse al cumplimiento de los 47 años, esto era, hasta el 8 de octubre de 2008; que se le informó por parte de la AFP que tenía ahorrado un total de \$103.511.112 y que el capital requerido para la pensión de salario mínimo era por el monto de \$261.531.112; que la prestación liquidada en el RPM ascendería a la suma de \$3.627.886, al que una vez aplicada la tasa de reemplazo la mesada sería por la cuantía de \$2.799.770; que elevó solicitud de nulidad o ineficacia de traslado ante Colfondos, Porvenir y Colpensiones los días 20 de mayo, 22 y 23 de julio de 2019 respectivamente, quienes dieron respuesta negativa a la solicitud elevada, agotándose la reclamación administrativa.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó a la AFp Colfondos S.A. trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, teniéndola como válidamente afiliada



al RPM. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

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

La apoderada de la demandada Colfondos S.A. interpuso recurso de apelación en lo referente a los gastos de administración, pues no se deben devolver los mismos, atendiendo que están autorizados por la Ley 100 de 1993 en el artículo 20 y por la Superintendencia Financiera de Colombia, ya que de devolverse los mismos, se deberían retornar los aportes, sin los rendimientos, pues tanto los gastos de administración como los rendimientos se reconocen por la buena administración de la AFP de los dineros ahorrados y se estaría en un detrimento patrimonial de la encartada, gastos causados y pagados para el reconocimiento de la pensión vejez e invalidez y muerte y por tanto se debe revocar la sentencia en tal sentido.

Por su parte, la apoderada de Porvenir S.A. solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida, ya que para el momento en que se realizó el traslado, la normatividad no establecía forma alguna en la que las AFP debían brindar la afiliación, aparte del formulario respectivo y no fue sino con el desarrollo jurisprudencial que se indicó las proyecciones pensionales y cuadros comparativos, por lo que no se pueden exigir pruebas de la asesoría



diferentes al formulario de afiliación, más aún, cuando la asesoría se realiza de forma verbal y no se pueden exigir cuestiones desarrolladas con posterioridad. Por el contrario, lo que se advierte es que la demandante desea su traslado cuando se encuentra en la prohibición de traslado y por diferencias en las sumas de ambos regímenes, pero por el contrario, la actora al momento del traslado se sometió a las características del nuevo régimen, ya que por no estar conforme con su mesada pensional, no se puede indicar una falencia en la información brindada, cuando la única diferencia es en lo atinente con la mesada pensional y por haber existido actos jurídicos avalados por la demandante se tengan la debida vinculación, de ambos formularios suscritos. Ahora bien, en caso de confirmarse la decisión, solicitó se absuelva de la devolución de gastos de administración, pues los mismos tienen destinación específica que se originó durante la afiliación de la demandante por 4 años, sumas que fueron invertidas por Ley y con los que no cuenta la demandada, pues fueron descontados de la cuenta de ahorro individual, situación que incluso, va de la mano con la teoría de las restituciones mutuas, que establece que en el caso de que la persona a la que debe restituirse un bien, deba también devolver sumas que ayudaron a incrementar el capital.

Finalmente, la apoderada de Colpensiones solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, toda vez, que no se comparte el criterio del despacho, pues la ineficacia de traslado afecta el patrimonio de Colpensiones, pues si bien existe criterio jurisprudencial mayoritario, no es menos cierto que se deben analizar ciertos aspectos, tales como el deber de ilustrarse de la demandante frente al RAIS, pues no está disminuida su capacidad para celebrar actos y contratos, siendo negligente en este aspecto, así como, tampoco hizo uso de los mecanismos legales como son la figura del retracto o rescisión y se debe tener en cuenta la sentencia C 242 de 2009, respecto de la sostenibilidad del sistema pensional y co o es mismo principio del artículo 48 de la Constitución Nacional,



debiéndose recalcar que debe primar el interés general, sobre el particular, pues la ineficacia afecta el patrimonio público, pues Colpensiones debería pagar la mesada pensional, que no contribuyó a las otras prestaciones reconocidas en el RPM, advirtiendo que su ahorro no será suficiente para pagar la pensión.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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



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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio y que en todo caso, debería ser cobrada por Colpensiones durante el período en el que se mantenga la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de



2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado. Idéntica situación ocurre respecto de los gastos de administración cobrados durante la afiliación de la actora por parte de la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., como quiera que fue dicha administradora quien no brindó la debida información a la afiliada.

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

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro



Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, sin que ello pueda generar un detrimento patrimonial e cabeza de la AFP, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos emolumentos y no la administradora privada.

Finalmente, debe advertirse que tampoco se puede acoger el dicho de la encartada Colpensiones, en el sentido que la actora se encuentra en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, en el entendido que si bien tal postulado es cierto, también lo es, que al declararse la ineficacia es como si nunca se hubiese realizado el traslado y por tanto no se encontraría en la mencionada prohibición.

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

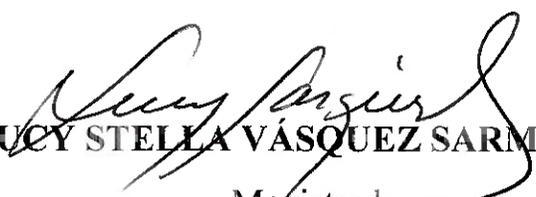
DECISIÓN:

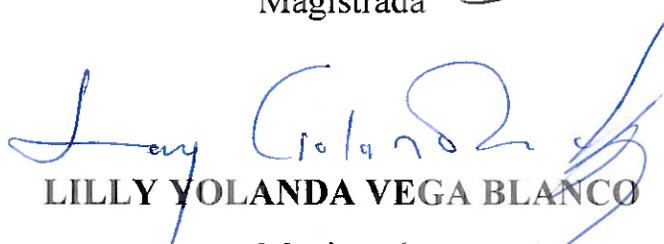
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto

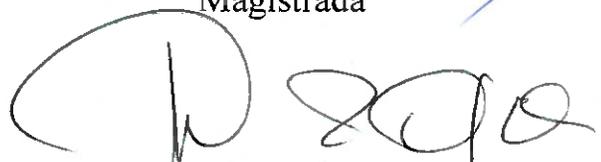


Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-039-2019-00419-01. Proceso Ordinario Blanca Patricia Rodríguez Casallas contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de ambas instancias cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte. para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo veto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-036-2019-00401-01. Proceso Ordinario de Carlos Eduardo Cano Roldán contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el 5 de octubre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Colpatria, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como al traslado horizontal efectuado ala entonces Skandia S.A. hoy Old Mutual S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a



Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, junto con los rendimientos respectivos, así como, que esta última entidad, proceda con el reconocimiento de la pensión de vejez, de conformidad con lo dispuesto en la ley 797 de 2003 y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 13 de julio de 1958, estando afiliado al ISS hoy Colpensiones por el período comprendido entre el 17 de febrero de 1988 y el 28 de febrero de 1997, donde cotizó un total de 471.43 semanas; que en el año 1997 fue abordado por un asesor de Porvenir, a fin de que se realizara traslado al RAIS, teniendo como argumento, que el ISS entraría en bancarrota y por tanto, sus afiliados no podrían pensionarse, informándosele que podía pensionarse a cualquier edad, pero no se le explicó el capital que debía acumular para tal situación, no se le indicaron las consecuencias jurídicas adversas del traslado, ni sobre la posibilidad de retracto para retornar al RPM; que se trasladó a Skandia S.A. en el mes de junio de 2011, a Horizonte en noviembre de 2012, retornando a Skandia en junio de 2013 y finalmente a Old Mutual en el mes de septiembre de 2014; que las administradoras de pensiones con el fin de obtener nuevos afiliados no informaron de forma acertada las le indicó las condiciones jurídicas y financieras de cada régimen pensional, así como las ventajas y desventajas de las mismas; que de acuerdo con las estimaciones, la pensión en Colpensiones ascendería a la suma de \$5.443.328, no obstante, en Old Mutual la prestación sería por el monto de \$2.463.506; que el actor elevó solicitud ante Colpensiones, peticionando el traslado pensional, no obstante, la misma fue resuelta de forma desfavorable por la entidad; que el actor nació el 13 de julio de 1958, por lo que al momento de radicar la demanda contaba con 60 años de edad, contando con 1294 semanas, no obstante, a



los 62 años tendrían un total de 1394 semanas, con lo cual acreditaría los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó a la AFP Skandia S.A. trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, imponiendo la devolución de tales gastos también a Porvenir S.A. y condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, una vez se desafilie del sistema, la que debe ser liquidada conforme con la parte motiva y absolver a la entidad pública de los demás pedimentos elevados en su contra. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

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

La apoderada de Porvenir interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia emitida, teniendo en cuenta que se declara un a ineficacia, pese a que el actor se encuentra dentro de la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003 y segundo, por cuanto no se puede dejar de lado que el actor en su interrogatorio de parte indicó que sus afiliaciones fueron voluntarias, que su motivación de retornar es económica, que de la



demandada se tuvo información, asesorías, lo que indica que no se atentó contra la escogencia del régimen pensional, aunado, con que no se puede pasar por alto las situaciones del actor dentro del RAIS, de las que se extrae que se afilió en el año 1997, de forma posterior a una asesoría brindada y con posterioridad a lo mismo, el demandante por motivos laborales, decide olvidarse de futuro pensional y después solicitar traslados horizontales en el RAIS, lo que constata que hay actos de relacionamiento, que no se pueden obviar, se debe indicar que el formulario de afiliación es la prueba que acredita la escogencia de régimen pensional, que no puede ser desconocido y único exigido en la época y con la inversión de la prueba, existe una práctica imposible de ejercer el derecho de defensa, ya que hacen exigencias de dejar en escrito, pero para el momento no era obligatoria tal situación, por lo que se debe revocar la ineficacia. No obstante, de confirmarse la decisión, solicitamos revocatoria parcial frente a gastos de administración, ya que el actor no obra como afiliado de la encartada y los valores fueron trasladados a Old Mutual, por lo que los valores de gastos de administración fueron cobertura durante el periodo de afiliación, siendo trasladados a terceros de buena fe, que estarían afectados con la condena, gastos de administración que también surgen en el RPM, la cuenta fue administrada en debida forma, generó rendimientos, no hacen parte de la cuenta de ahorro y los valores son los determinados en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y del concepto de la Superintendencia Financiera, que son rendimientos y aportes y bajo ello, las sumas de la cuenta fueron trasladados en año 2012 y 2013, por lo que no existe valor alguno del demandante y la condena impuesta, genera un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones, olvidando las restituciones mutuas y que en todo caso, generaría la declaratoria de la excepción de prescripción, pues al no financiar la pensión, son susceptibles de la prescripción. Por último, peticionó adicionar condena en costas pues se olvida el factor objetivo y lo dicho en sentencia C 157 de 2013, ya que no es un actuar temerario y como consecuencia de ser parte vencida, condenándose



a los fondos privados, pero no a las vencidas, dentro de las que se incluye Colpensiones, por lo que solicita que la condena sea compartida con Colpensiones, pues es parte vencida en el proceso.

El apoderado de Colpensiones petitionó se revoque la sentencia proferida por el aquo, como quiera que el fallador no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica y es un tercero ajeno al vínculo que sostuvieron el demandante y las administradoras de pensiones, teniendo efectos jurídicos inter partes, los que sin importar la ineficacia no se puede perjudicar a Colpensiones, por lo que solicita no se condene a recibir al actor al RPM y la consecuente prestación, por lo que se debe ordenar a la administradora Skandia el reconocimiento de la pensión, pues se afectaría el sostenimiento financiero del RPM, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 1° del A.L. 01 de 2005. De igual forma solicita se tenga en cuenta el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, referente a la posibilidad de traslado de los afiliados en uno u otro régimen, teniéndose en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en caso, de que se mantenga esa decisión, se condene a la AFP, para el pago de los perjuicios económicos con ocasión de la teoría del daño y no un tercero, que en este caso sería Colpensiones.

Finalmente, el litigante de Skandia adujo en primer lugar, ratificar los argumentos expuestos tanto en la contestación como en los alegatos de conclusión; en segundo lugar, solicita que al momento de analizar la decisión, se tenga en cuenta que si bien el deber de información que se ha desarrollado por las AFP, también es, que Colpensiones incumplió las obligaciones establecidas en el Decreto 1888 de 1994, artículo 8°, que determina las obligaciones del ISS, por lo que es claro que Colpensiones tienen responsabilidad e información que puede determinar que no debe generarse la condena a la AFP, que según la jurisprudencia son las que actúan mal, sino que además, Colpensiones tiene deber con los afiliados y corresponden al



mismo futuro pensional, pero la decisión del despacho no tiene en cuenta que al condenar los gastos de información, que fue incumplido y ante la imposibilidad de devolverlo al RPM, por más que esté en la prohibición, no hay lugar a reparación integral, cuando Skandia ha cumplido con los mismos, así como que tales gastos no son un actuar caprichoso de los fondos de pensiones, sino un mandato legal respecto del cual se dio cumplimiento, no solo frente a gastos de administración, sino también seguro previsional al cual el demandante estuvo afiliado, por lo que se debe revocar parcialmente la decisión de primer grado.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a



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

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

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto

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

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



a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

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

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

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó



que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no



ocurre en el caso bajo estudio y que en todo caso, debería ser cobrada por Colpensiones durante el período en el que se mantenga la afiliación.

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

Ahora bien, frente a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones que administra Colpensiones, así como, a los posibles perjuicios que aduce dicha entidad, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y



no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, sin que ello pueda generar un detrimento patrimonial en cabeza de la AFP, ni un enriquecimiento sin causa en favor de la entidad pública, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos emolumentos y no la administradora privada. Así mismo, debe resaltarse que si bien se aduce el pago de los seguros previsionales a terceros de buena fe, que se podrían ver afectados con la decisión aquí adoptada, también lo es, que dicha conclusión no es acertada por la apoderada de Porvenir, en el entendido que tal como se ha referido a lo largo de esta decisión, quien debe correr con los perjuicios de la falta de información, son las administradoras de pensiones privadas, quienes no cumplieron con la obligación contenida en la Ley y por ello, deben responder con los recursos propios respecto de las cuotas de administración, así como, de los seguros previsionales.

De igual forma, debe advertirse que tampoco se puede acoger el dicho de las encartadas, en el sentido que el actor se encuentra en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, en el entendido que si bien tal postulado es cierto, también lo es, que al declararse la ineficacia es como si nunca se hubiese materializado el traslado y por tanto nunca se hubiere generado la mencionada prohibición.



Ahora bien, en cuanto a los actos de relacionamiento, es preciso destacar que el deber a la falta de información se materializa en el momento en que se genera la afiliación primigenia y que no es posible convalidar con el simple paso del tiempo o con el conocimiento somero de las características del RAIS, del que vaya teniendo conocimiento el afiliado durante su permanencia en el régimen pensional, pues la afectación a la expectativa pensional y prerrogativas de los regímenes pensionales, se cercenan en el acto de afiliación y no con posterioridad al mismo.

En lo que tiene que ver con las obligaciones contenidas en el artículo 8° del Decreto 1888 de 1994, si bien en el numeral 4° en el que se establece “4. *Adelantar los programas de publicidad, comunicación y promoción de sus actividades según lo dispuesto en disposiciones especiales sobre el particular.*”, también lo es, que tal como se refiere en la norma, impone el deber al ISS de realizar programas, comunicaciones y promociones de las actividades a su cargo, en ninguna de las obligaciones se impone el deber al buen consejo, la de brindar una doble asesoría al momento de adoptarse una decisión de traslado o incluso, la de impedir el traslado a las administradoras privadas de pensiones, deberes que sí se colocaron a cargo de las AFP creadas con la Ley 100 de 1993.

Aclarado lo anterior y teniendo en cuenta que el mismo actor solicita proceder con el estudio del derecho pensional conforme lo dispone el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, se debe partir de que el inciso 2° del numeral 1° de dicha norma establece, que a partir del 1° de enero de 2014 la edad se incrementará en 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres, así como, contar con 1300 semanas cotizadas en su vida laboral.

Así las cosas, se advierte que revisada la copia de la cédula de ciudadanía del señor Cano Roldán se extrae que el mismo nació el 13 de julio de 1958,



por lo que los 62 años de edad los acreditaría el mismo día y mes del año 2020 y cuenta con 1.388 semanas cotizadas al mes de noviembre de 2019, conforme se extrae de la historia laboral consolidada allegada por parte de Skandia, que se encuentra a folios 131 a 134 del expediente digital, por lo que acredita los requisitos para el reconocimiento de derecho pensional.

No obstante, se advierte que del documento en mención no se puede concluir la desafiliación del Sistema General de Pensiones, por lo que no es posible efectuar el cálculo referente al derecho pensional, en el entendido que la Ley 100 de 1993, establece que para el cálculo de la prestación, se tendrá en cuenta hasta la última semana cotizada, sin embargo, Colpensiones para establecer el monto de la prestación, tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, sin que se pueda declarar el medio exceptivo de la prescripción respecto de ninguna de las eventuales mesadas causadas, en el entendido que no se acreditó el retiro del Sistema General de Pensiones por parte del señor Carlos Eduardo Cano Roldán, aunado, con que cumplió el requisito de edad hasta el año 2020, anualidad en la cual ya cursaba el presente litigio, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, se debe resaltar que no es posible declarar la excepción de petición antes de tiempo, pues tal figura permite que el derecho que se pretende judicialmente debe estar causado al momento de la presentación de la demanda, o incluso antes de dictarse la sentencia de primera instancia, tal como lo ha venido sosteniendo la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral como en sentencia con radicado No. 52472 del 31 de agosto de 2016, M.P. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas, posición que ha sido reiterada en múltiples jurisprudencias emitidas por la alta Corporación del Trabajo, como en las sentencias con radicados SL 657 de 2018 M.P. DR.



Fernando Castillo Cadena y SL 3707 de 2018 M.P. DR. Gerardo Botero Zuluaga.

Finalmente, frente a la solicitud de condena en costas que deprecia Porvenir S.A., respecto de Colpensiones, es suficiente con indicar que dicha entidad no intervino en el acto jurídico que surgió entre el actor y las administradoras privadas y si bien, propuso medios de defensa dentro del litigio, ello se entiende, bajo el supuesto que pretende la protección del sistema financiero del Régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, así como, el de evitar el eventual reconocimiento de la prestación que se pudiere generar a futuro.

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

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

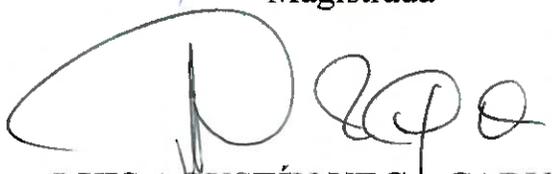
PRIMERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible



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


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto
previo*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-032-2020-00405-01. Proceso Ordinario de Jorge Alberto Nomesqui Quevedo contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, el 7 de octubre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de los argumentos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, junto con los rendimientos



financieros, bonos pensionales, sumas de aseguradora y demás frutos e intereses y a esta última entidad, a tenerlo como válidamente afiliado al RPM, sin solución de continuidad y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que estuvo afiliado al ISS por el período comprendido entre el 21 de abril de 1978 y el 1° de marzo de 1990, donde acumuló 274.43 semanas; que en los años 1995 y 1996 el actor prestaba sus servicios a la secretaria de Educación, momento en el cual los asesores de Porvenir le presentaron el régimen pensional; que fue citado por el ISS al Inem de Kennedy, al que asistieron el 60% de los funcionarios administrativos de la Secretaría de Educación, citación que se realizó por las diferentes AFP, para realizar un traslado masivo; que se le informó al actor que debía trasladarse de forma inmediata, por cuanto el ISS se había acabado y por tanto perdería su tiempo de servicio, por lo que se trasladó a Porvenir, no obstante, la información no fue clara respecto a la mesada pensional y las garantías respecto de su familia, hasta que edad podría retornar al RPM, ni acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, referente a realizar una proyección pensional; que el actor ha cotizado 1530.43 semanas en el Sistema General de Pensiones; que elevó solicitud de nulidad de afiliación ante Colpensiones el 16 de abril de 2020, obteniendo respuesta mediante oficio del 24 del mismo mes y año, de igual forma, elevó solicitud de nulidad y retorno al RPM ante Porvenir el 8 de julio de 2020, emitiéndose respuesta negativa por parte de la administradora de pensiones, no obstante, realizó una proyección pensional, en la que se indicó que a la edad de 62 años obtendría una mesada pensional por la suma de \$877.803, sin embargo, en Colpensiones la prestación ascendería al monto de \$1.700.000.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y



Cesantías Porvenir S.A., y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración y ordenó que Colpensiones recibiera al actor como afiliado al RPM, sin solución de continuidad. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

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

La apoderada de Porvenir S.A., solicitó se revoque la decisión de primer grado y en su lugar, se absuelvan de las súplicas de la demanda, en el sentido que no se acceda a la ineficacia, pues se considera que en el caso del acto de afiliación fue válido, pues cumplió con los presupuestos legales de la época, que era la firma del formulario, siendo el requisito establecido por la Superintendencia Bancaria, además, que nos encontramos frente a una persona capaz para dar su consentimiento en el caso y se aparta de la interpretación realizada por el Juzgado y por la Corte Suprema de Justicia, pues respecto del artículo 13 dice que la afiliación es libre y voluntaria, no se puede considerar que se hiciera alusión a consentimiento informado e incluso en la actualidad no se genera dicha situación, pero sí cuando se hace alusión a libertad es que no haya coacción por persona jurídica o natural y tiene la consecuencia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el que no se puede tomar como fundamento de las decisiones de ineficacia, pues establece una

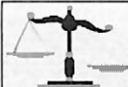


sanción para quien coarta la libertad de afiliación, pero no crea derechos sustanciales o una ineficacia y por tanto no es dable esa interpretación. Adicional a ello, no se puede considerar que debía dar una información detallada al momento del traslado, como ventajas, desventajas, riesgos o beneficios, pues no había norma para el año 1995, pues el decreto 663 de 1993 no estableció obligación al deber de información, la norma está dirigida a entidades vigiladas por la entonces Superintendencia Bancaria y que se debía dar información entre ellas, pero no relacionada con el RPM, pues al darse alguna información tanto el ISS, como las cajas de previsión también tenían la obligación de suministrarla a sus afiliados, ya es con el decreto 2555 de 2010, que nace la obligación de dar asesoría el decreto 20171 de 2015 se dan obligaciones de información y bajo ello, no es dable brindar información detallada. Al indicarse a los afiliados algún tipo de ventaja o desventaja es más allá de una asesoría y el deber de información no estaba vigente. Frente a la pérdida de beneficios pensionales, no se vislumbra en el caso del demandante que pudiese perder algún derecho e incluso, téngase en cuenta que se consolidaba el derecho pensional y por ello no se puede señalar que debía brindarse información en tal sentido. De acuerdo con el interrogatorio de parte se dio información sobre característica del RAIS, que sus aportes generaban rendimientos, que beneficiarios accedieran al derecho pensional, además que se debe tener en cuenta verdadera razón del traslado, lo que constituye confesión, pues su motivación más allá de la omisión es el de acceder a una pensión por mayor valor en Colpensiones, pasándose por alto que la Corte Constitucional ha señalado que el sistema de pensiones no es para mantener un derecho pensional, lo que no conlleva al traslado, pero sí, la verdadera motivación, por lo que se debe revocar la sentencia, pues ha cotizado en el RAIS, que no quiso retornar después del año 1996, así como tampoco cumplió con sus obligaciones como consumidor financiero y frente a los interrogantes planteados de si se acercó a Porvenir a solicitar información, no lo hizo y cuando se decidió fue cerca al derecho pensional, sin hacer las



negaciones indefinidas, por lo que no era dable la inversión de la carga de la prueba. De confirmarse la decisión, solicito se revoque la condena para el traslado de los gastos de administración, pues se considera que la devolución de dicho monto no es viable como parte de las restituciones mutuas, segundo, por cuanto el concepto se tomó bajo una disposición legal, por así permitirlo la Ley con ocasión de la administración e inversión de los aportes y en caso de volver las cosas al estado inicial y que debe correr con los perjuicios y si de volver a su estado inicial, no se generaron rendimientos en favor del actor, pues se devolvería al año 1995 y habría lugar a sus aportes, no a los rendimientos y es contradictorio que sea una ineficacia, pero frente al afiliado se permita el retorno al RPM, con los rendimientos de la gestión de la encartada, gastos que además no son deterioro o perjuicio al actor, pues los mismos se hubieren generado en el RPM, pues la Ley 100 de 1993 establece que en el RPM una parte del aporte es para los gastos de administración, suma que no es perceptible para el afiliado, desconociéndose la gestión de Porvenir y es trasladar a Colpensiones una suma que no tiene derecho pues no hay administración retroactiva de los recursos, finalmente, si bien no se aplica la prescripción frente al reclamo de la ineficacia del traslado pensional, se aparta de dicha posición frente a los gastos de administración, pues frente a dicho monto si es dable la figura jurídica por no tener relación directa.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones solicitó revocar la decisión, en lo desfavorable a Colpensiones pues no se tuvo en cuenta la relatividad jurídica, siendo un tercero en el contrato celebrado entre el demandante y la administradora de pensiones, por lo que la entidad no puede verse ni beneficiada, ni perjudicada con la decisión del despacho. Solicita que no se ordene a recibir al actor en el RPM, pues con la decisión se está afectando el equilibrio financiero del sistema conforme el A.L. 01 de 2005, teniendo impacto en el PIB y la reserva pensional, de lo que se advierte que la AFP no se ve afectada con la declaratoria de la ineficacia, siendo perjudicada



Colpensiones, pues con el retorno al RPM y el reconocimiento de la pensión a futuro, pues se retornará después de más de 25 años de no pertenecer a éste, además, que el actor fue engañado por la AFP y su decisión no fue debidamente informada y en consecuencia la mesada es menor, por lo que debe ser la AFP quien asuma las diferencias y no Colpensiones, afectándose el pasivo pensional existente, debe recordarse que las pensiones del rpm no se financia solo con aportes del afiliado, sino que el estado otorga un valor adicional para poder financiar la mesada pensional, siendo Colpensiones quien sufre las consecuencias del actuar de las AFP y si en últimas se confirma la decisión, se condene a la AFP pagara los perjuicios económicos del retorno del demandante al RPM.

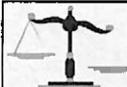
GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

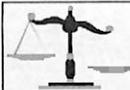


para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

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

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

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

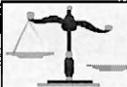


ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

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

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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de



Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio y que en todo caso, debería ser cobrada por Colpensiones durante el período en el que se mantenga la afiliación.

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

Ahora bien, frente la falta de sostenibilidad económica del sistema de pensiones en el RPM, así como a la solicitud de pago de perjuicios por parte de la administradora privada, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se



declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación del actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, sin que ello pueda generar un detrimento patrimonial en cabeza de la AFP o un enriquecimiento sin justa causa en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos emolumentos y no la administradora privada.

Ahora bien, frente a las restituciones mutuas que peticiona la apoderada de la administradora privada, referente a que con la devolución de los rendimientos se hace innecesario el pago de los gastos de administración o que en caso de ordenarse dicho pago, no es posible remitir los rendimientos, sin embargo, en primer lugar se debe reiterar, que como se ha dicho en el trascurso de esta sentencia, quien debe correr con los perjuicios que se ocasionen con la falta al deber de información, es la administradora privada quien no cumplió con la obligación contenida en el Estatuto del Consumidor Financiero y en segundo lugar, por cuanto no se hubieran generado los rendimientos que adujo la apoderada de la parte demandada, sino no se hubieran efectuado los aportes por el afiliado, pues con dicho capital se realizaron las inversiones correspondientes, que generaron los réditos aducidos por la encartada.

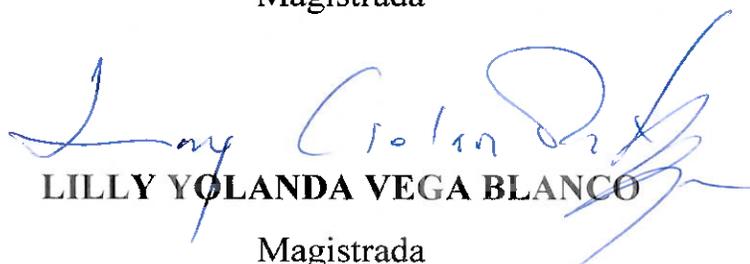


Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de ambas instancias cargo únicamente de Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-032-2020-00405-01. Proceso Ordinario Jorge Alberto Nomesqui Quevedo contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

W 290

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Salvo auto
prociel*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., Treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-028-2017 00772 01. Proceso Ordinario de Rosa Delia Camargo Navarrete contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala de Decisión, la declaró abierta y procede en forma oral a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad por presentarse vicio en el consentimiento, que tiene derecho a permanecer afiliada al régimen de prima media con prestación definida; se ordene a la AFP Porvenir S.A., trasladar los aportes que se efectuaron en su favor a Colpensiones con los rendimiento correspondientes y se condene a ésta última entidad a recibir el

traslado de los aportes de la AFP Porvenir S.A. y a actualizar su historia laboral una vez reciba dichos aportes.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 4 de septiembre de 1979 hasta el 1° de abril de 2004 cuando se trasladó a la AFP Porvenir S.A.

Indicó que la funcionaria que la asesoró, omitió brindar información veraz, real y eficiente para tomar una decisión no la indujera a error, que lo único que informó fue que podría pensionarse a la edad que quisiera y que en el evento en que falleciera el dinero que se encontraba en su cuenta de ahorro individual entraría a ser parte de la masa sucesoral.

Una vez notificadas las entidades accionadas dieron respuesta a la acción en oposición a las pretensiones. La AFP Porvenir S.A. propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, entre otras.

Por su parte la demandada Colpensiones propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la nulidad del traslado efectuado por la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad por intermedio de la AFP Porvenir S.A., administradora al que ordenó trasladar los aportes pensionales, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, y seguros de invalidez y sobrevivencia, y condenó a Colpensiones a activar la

afiliación de la demandante al régimen de prima medica con prestación definida.

Determinación a la que arribó al considerar en esencia que de acuerdo con el criterio reiterado y pacífico de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, correspondía a la AFP Porvenir S.A. acreditar las condiciones en que ofreció el cambio de régimen a la demandante y que en virtud del mismo brindó una información clara, veraz y oportuna, resaltando tanto lo favorable como lo desfavorable; circunstancias que afirma no logró acreditar dicha entidad.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación,

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar se absuelva a su representada de los pedimentos de la demanda; para lo cual aduce en esencia que el caso de la demandante no se ajusta al precedente jurisprudencial sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en tanto no es beneficiario del régimen de transición y que a la demandante se le brindó la información que exigía la normatividad existente para ese momento.

Solicita además se efectúe una valoración tanto de la prueba documental aportada, como del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, el que a su juicio dejó ver dudas e imprecisiones en sus respuestas.

Finalmente indicó que no es procedente la devolución de los montos que retuvo por concepto de cuotas de administración y el pago de seguros previsionales.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, si es procedente ordenar la devolución de las sumas que la AFP Porvenir retuvo por concepto de cuotas de administración y pago de seguros previsionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas. Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

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

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

Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

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

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

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

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

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en ambas instancias a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en tanto Colpensiones no intervino en el acto de traslado cuya ineficacia se solicitó a través del presente proceso.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

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

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

TERCERO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO.- CONDENAR en ambas instancias únicamente a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., fíjense como agencias en derecho la suma de \$500.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo veto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 018 2019 00053 01 Proceso Ordinario
Apelación de sentencia Jorge Arturo Mantilla Landazabal contra
Administradora Colombiana de Colpensiones y Otras.**

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

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; se ordene a la AFP Colfondos S.A. que traslade a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros y demás dineros que



hubiere cancelado y a que hubiere lugar, y se ordene a Colpensiones recibir dichos dineros y tenerlo como afiliado al régimen de prima media con prestación definida.

Como sustento de sus pretensiones, expresó en esencia, que nació el 24 de mayo de 1963, que inició su vida laboral en el mes de junio de 1987 y comenzó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales a partir del 25 de junio de la misma anualidad.

Indicó que en el año 1998 se desplazaron a la instalaciones de la empresa en que laboraba funciones de Colfondos Pensiones y Cesantías, con el fin de convencerlo de que se trasladara de régimen pensional y se afiliara a dicho fondo.

Señaló que a pesar de que para ese momento contaba con más de 35 años de edad y 15 años de aportes al ISS, le indicaron que de afiliarse a pensiones con ellos era mucho más seguro y rentable que continuar en el ISS y que esta entidad se acabaría.

Adujo que el promotor de Colfondos le indicó que se podría pensionar a la edad que quisiera y la cuantía que escogiera, mientras que en el ISS tendría que esperar hasta los 60 años de edad; pero que no le informó acerca del perjuicio de trasladarse a dicho régimen, no se le efectuó un estudio pormenorizado mostrándole las ventajas de trasladarse a dicho régimen, y tampoco efectuó un estudio comparativo con las proyecciones de las prestaciones en ambos regímenes pensionales para determinar cuál le era más beneficioso.



Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda. Colpensiones¹ se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar en esencia que el demandante no cumple con los supuestos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para poderse trasladar en cualquier tiempo y que su afiliación a Colfondos se realizó con los requisitos de ley. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías² indicó en esencia que la afiliación del demandante se produjo en virtud de su derecho a la libre escogencia y que sus asesores comerciales le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción, compensación y pago, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a Colfondos Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías a partir del 1º de noviembre de 1998 y que para todos los efectos siempre permaneció afiliado al régimen de prima media con prestación definida; ordenó a dicha entidad trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación del demandante, con los rendimientos que se hubieren generado y sin lugar a deducción alguna y le ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación y corregir su historia laboral.

¹ Cfr fls 133 a 138.

² Cfr CD fl 167.



Inconformes con la determinación los apoderados de la AFP Colfondos S.A. y de Colpensiones, interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la AFP Colfondos S.A. interpuso recurrió únicamente la condena a la devolución de los gastos de administración, frente a las mermas del capital de financiación de los gastos de administración y las costas del proceso.

Aduce al efecto que los gastos de administración son descuentos que se realizan conforme a consagración legal tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y que por esa razón su representada se encontraba obligada a realizarlos, pero que sin embargo, estos tienen una contraprestación directa, como lo son los rendimientos que se generan por la buena administración por parte de su representada y superan lo que hubiere podido generar en el régimen de prima media, y que ordenar su reconocimiento genera un enriquecimiento sin causa.

Agrega que es deber del Juez fallar en equidad y justicia, lo cual no aconteció en el presente asunto, teniendo en cuenta que únicamente se condenó a su representada a reconocer unos gastos de administración por unas supuestas mermas dentro del capital de financiación, sin que cuenten con supuesto fáctico o probatorio acerca del daño, perjuicio o menoscabo de los aportes o el capital del demandante hubiera sufrido un daño, perjuicio o menos cabo y que por el contrario debido a la buena gestión de su representada generaron unos rendimientos.



Sostiene que los gastos de administración también se encuentran destinados a la adquisición de una póliza de seguro previsional para mantener cubiertas las eventualidades de invalidez y sobrevivencia, que se dirige a un tercero de buena fe y que en razón a ello dicho porcentaje no va al patrimonio de su representada.

En relación con la condena en costas adujo de un lado, que el valor establecido resulta excesivo para lo que fue el trámite del proceso y de otro, que dicha condena debe ser compartida con Colpensiones por ser vencidas dentro del presente asunto.

Por su parte el apoderado de Colpensiones adujo en primer término que la declaratoria de ineficacia de traslado es improcedente, teniendo en cuenta que se realizó con plena voluntad del demandante, suscribiendo el correspondiente formulario de afiliación y ratificada con los más de 20 años en que realizó cotizaciones.

Agrega que de acuerdo con el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 establece una libre escogencia entre regímenes pensionales, así como la posibilidad de trasladarse cada 5 años contados a partir de la selección inicial y que dicha restricción se vio ratificada con la constitucionalidad de la norma.

Sostiene que resulta improcedente requerir el cumplimiento normativo inexistente al momento del traslado de régimen pensional del demandante, el que se vio intensificado con la expedición de la Ley 1328 de 2009, en donde el deber de información se convierte en un deber de asesoría y buen consejo y que por lo tanto no es dable exigir las mismas formalidades desde el momento mismo de la creación de dicho régimen pensional, lo que a su juicio desconoce por demás el principio de confianza legítima y derechos adquiridos.



Agrega que las obligaciones contractuales también recaen frente a los afiliados como consumidores financieros, teniendo en cuenta que el vínculo contractual generado a raíz del traslado genera obligaciones recíprocas, tal como lo establece el artículo 1495 del código Civil en concordancia con el artículo 4º del Decreto 2241 del 2010.

Finalmente aduce que la carga dinámica de la prueba no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en el proceso.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

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



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

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

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

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

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

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia



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

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

Aunado a lo anterior la afirmación por parte del demandante de no haber recibido la información clara, suficiente y comprensible acerca no solo de

en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

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

las características de los regímenes pensionales sino de las implicaciones de su traslado, constituye una negación indefinida y por ende al tenor de lo que prevé el artículo 167 del C.G.P. no requieren prueba por parte de quien la manifiesta, de manera que no resulta de recibo el argumento que al respecto expone el apoderado de Colpensiones.

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que Colfondos S.A Pensiones y Cesantías, al momento del traslado debió dar a conocer al demandante las posibilidades del futuro de su derecho pensional, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas; exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones de acceso a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida, pues solo de esta forma el demandante hubiera podido tomar un decisión consciente.

En este mismo sentido, se considera oportuno recordar que la jurisprudencia laboral enseña que las administradoras de fondos de pensiones no sólo deben ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no



fueron acreditadas por la pasiva por algunos de los medios probatorios existentes, en la medida que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante no es posible establecer que se le hayan dado a conocer los aspectos antes indicados, máxime cuando indicó que se trasladó luego de una asesoría grupal que no duró más de 10 minutos.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación, de manera que no resulta de recibo el argumento que en tal sentido elevó el apoderado de Colpensiones.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación efectuada a la AFP Colfondos S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si



bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, aspecto motivo de inconformidad por parte de la AFP Colfondos, corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados, criterio que ha sido reiterado entre otras en sentencia SL4360 de 2019.



De manera que como a la fecha el demandante continúa afiliado a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

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

Bajo este mismo presupuesto, esto es la no intervención de la demandada Colpensiones en el acto de traslado cuya ineficacia se declara, considera la Sala que no resulta procedente imponer condena en costas en su contra, motivo por el que también se confirmará la determinación que adoptó la *aqup* en tal sentido.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

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



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

RESUELVE

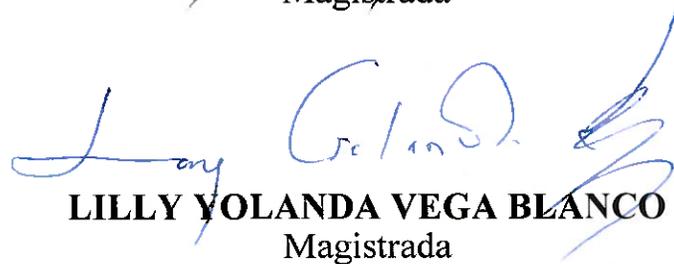
PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR lo demás la decisión de primer grado.

TERCERO.- COSTAS. Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Solera Vetojarciél*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-017-2018-00626-01. Proceso Ordinario de Carlos Mario Sánchez Sanín contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de septiembre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

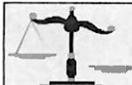
Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado a la AFP Colfondos S.A., así como los traslados horizontales efectuados Porvenir S.A. y Old Mutual y como consecuencia de lo anterior, se condene a Old Mutual S.A. Pensiones y Cesantías a devolver a Colpensiones todos los



valores que recibió con motivo de su afiliación, junto con los rendimientos respectivos, frutos e intereses, ordenándose a la última entidad recibir tales dineros, activar la afiliación, actualizando la historia laboral y las costas del proceso; de forma subsidiaria, peticiona se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS, con idénticas pretensiones a las elevadas respecto de la nulidad.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 19 de febrero de 1965, cotizando al ISS por el período comprendido entre el 21 de octubre de 1992 y el 8 de octubre de 1993, donde cotizó 87 semanas; que la AFP Colfondos S.A. lo contactó en el mes de octubre de 1994 para que se afiliara, sin embargo, no se informó las implicaciones del traslado, la naturaleza del régimen de capitalización, las ventajas riesgos y beneficios de cada uno de los regímenes pensionales; que en febrero de 2002 se trasladó a Porvenir, la que se mantuvo hasta el mes de septiembre de la misma anualidad, sin informar las implicaciones de mantenerse en el RAIS, los inconvenientes a su futuro del derecho pensional, ni realizó proyecciones; que se trasladó a Skandia Pensiones y Cesantías hoy Old Mutual en el mes de octubre de 2002, AFP que tampoco le brindó la debida información; que en el mes de febrero de 2018, el actor se enteró que la mesada pensional sería del 50% del que le pudiese corresponder en el RPM; que elevó derechos de petición solicitando la nulidad del traslado a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. el 6 de agosto de 2018, Old Mutual el 10 de agosto de 2018 y ante Colpensiones el 14 del mismo mes y año; que hasta el momento de radicar la demanda, ninguna de las encartadas accedió a las pretensiones del afiliado.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Colfondos S.A. y ordenó a Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar los aportes pensionales, junto con los



rendimientos financieros y gastos de administración y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, teniéndola como válidamente afiliada al RPM; así mismo, dispuso que se retornaran los gastos de administración por parte de las encartadas Colfondos S.A. y Porvenir S.A.. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

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

La apoderada de Skandia S.A. interpuso recurso de apelación para lo que se debe tener en cuenta que contrario a lo indicado por el despacho, al actor se le entregó la información precisa del RAIS, para que pudiera tomar la decisión, siendo un negocio jurídico válido y eficaz, sin que exista engaño u ocultamiento que determine la nulidad, y a pesar de que no se tuvo en cuenta la sentencia de la Dra. Ana María Muñoz Segura, quedó probado que el actor hizo traslados entre fondos y por ende no se puede endilgar que no tenía convicción para saber qué era lo que le beneficiaba, más aún, cuando el deber de información no nació con la línea jurisprudencial de nulidad e ineficacia de la afiliación, ya que para el momento de la afiliación o de movilidad entre regímenes, no le exigía por escrito ninguna proyección o cálculo financiero u otro documento en el que constara la asesoría que era verba. De confirmarse la decisión, debe revocarse las condenas accesorias, relacionadas con el bono



pensional, pues la encartada no es la encargada del traslado de dichos bonos pensionales, máxime cuando no se tiene la obligación, así como de las sumas adicionales, pues son reconocidas por las aseguradoras, solo cuando hay reclamación por siniestros de invalidez o sobrevivencia y que el capital no alcance, se financian con estos recursos, sin que se pueda generar que se respalde con el propio patrimonio y las actuaciones de la encartada se han ajustado a la constitución y la Ley, pues están contemplados en la Ley 100 de 1993, en donde señalan las características del RAIS, por lo que las entidades están facultadas para el cobro de comisión. Aunado a lo anterior, si la ineficacia pretende que las cosas vuelvan al estado anterior, se debe entender que el contrato no existió y por tanto no se debieron administrar recursos y si no había comisión, nunca debieron existir los rendimientos, por lo que en el caso de devolver los rendimientos y la comisión de administración se daría un enriquecimiento sin causa en favor de la actora, pues se generaron unos frutos a la parte actora, sin que se pueda cobrar la gestión realizada, vulnerándose el derecho a la igualdad y privilegiando a una de las partes del contrato que se declara nulo.

El apoderado de la encartada Porvenir S.A., presentó recurso de apelación frente al numeral 5° de la sentencia proferida, teniendo en cuenta que no procede la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo con la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3% de gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, que no hacen parte de la pensión de vejez y están cobijados por el efecto prescriptivo. De igual manera, se debe advertir que al ordenar los gastos se genera un enriquecimiento ilícito, pues no existe una norma que así los disponga, pues el artículo 113 de la Ley 100 indica cuales son los conceptos para devolver, que son aportes, más rendimientos, por lo que los gastos pertenecen a la AFP, con ocasión de la gestión y el aumento de la cuenta de ahorro individual, por lo que el demandante debería devolver los frutos financieros, cuando se traten



las restituciones mutuas, por nulidad del acto jurídico, estando en la obligación de restituirlos.

La apoderada de Colfondos aduce su inconformidad en igual sentido, respecto del numeral 5° que condenó a la demandada a que con cargo a su patrimonio devuelva los gastos de administración, durante la afiliación, pues los argumentos no son diferentes a las razones que han expuesto las personas que la han precedido, con relación a dicho concepto, sin embargo, adujo que los gastos de administración son consagración legal, que establece el 3% que reconoce a los fondos y se descuenta en la afiliación, estando a favor de las administradoras de pensiones como contraprestación de los recursos que se ponen a disposición, los que de igual forma, se consagran en favor de Colpensiones y en consecuencia, se debían haber hecho los descuentos, por lo que la contraprestación se dan por la gestión y los seguros previsionales, cuotas que se causaron durante el vínculo, pero en la afiliación las mismas tuvieron validez, sin que exista una fuente legal para su decisión, sin embargo, se aduce una fuente jurisprudencial, pero se ha impuesto a la última entidad y no a los fondos por los que ha pasado el afiliado, ya que quien tiene el capital es el último fondo, donde se le transfirió todo el capital administrado, incluyó los rendimientos financieros. Ahora, si se aplicara la teoría de restituciones mutuas, los rendimientos se deberían dejar en el fondo y retornar las cosas al estado anterior, puesto que cuando la línea jurisprudencial empezó, se adujo que no se podía recurrir a la teoría sentencia 31989 de 2008, por lo que se debe preservar las situaciones consolidadas, en el caso referente a la devolución de los gastos de administración.

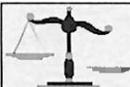
Finalmente, la apoderada de Colpensiones solicitó revocar la sentencia proferida y en su lugar absolver a la encartada de las pretensiones incoadas en su contra. Tuvo como fundamento de su recurso, que en el fallo se aduce que no hubo una debida información sobre la información dada al actor, pero el



deber de información ha tenido varias etapas, empezando con el Decreto 663 de 1993, Ley 1328 de 2009 y Ley 1748 de 2014, es así, que el análisis de la información que debía brindar la AFP, deben valorarse con la norma vigente al momento de la suscripción del traslado o al momento de materializarse el traslado, pues no es jurídicamente válido unas imposiciones adicionales, pues se desvirtúa el principio de confianza legítima, que no consiste en la interposición de recursos, sino el ajuste a las normas pre-existentes, por lo que se viola el debido proceso de Colpensiones, entidad quien no intervino en el traslado, debe proceder con el reconocimiento de la prestación. Así mismo, se evidencia que el traslado fue libre, voluntario y sin precisiones y era su deseo mantenerse en el RAIS, situación que se corrobora con los traslados en el mismo régimen y la única solicitud es cuando ya estaba inmerso en la prohibición del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por lo que no se podía acceder al traslado, evidenciándose, que lo que se materializa es la voluntad del actor en el RAIS, aunado, con que se debe tener en cuenta la sostenibilidad financiera del RPM, pues con las decisiones que se adoptan, se vulnera la sentencia de la Corte Constitucional de 2009, por lo que se deben desestimar las súplicas de la demanda, enfatizando, que no se puede imponer condena en costas, toda vez que Colpensiones fue un tercero de buena fe y ha respetado el derecho de libre escogencia de régimen pensional.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.



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

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que



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

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

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

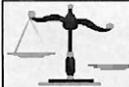
La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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

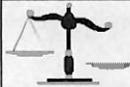


pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

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

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

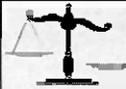
Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso



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

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

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



Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se excluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio y que en todo caso, debería ser cobrada por Colpensiones durante el período en el que se mantenga la afiliación.

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



quien no brindó la información suficiente al afiliado. Así mismo, los gastos de administración también deberán ser devueltos por parte de Colfondos S.A. y de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., respecto del período en el cual el señor Carlos Mario Sánchez Sanín se encontró afiliado a dichas administradoras de pensiones, enfatizando, que si bien tal como lo indicaron sus apoderados, el monto de la cuenta de ahorro individual ya fue trasladado en oportunidad anterior, tales conceptos no fueron objeto de traslado por parte de la administradora de pensiones.

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

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de las administradoras de pensiones privadas, sin que por ello se puede aducir un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, pues al ser inexistente la afiliación, no se genera descuento alguno de la cotización y en todo caso, de producirse el mismo, debería ser descontado por la Administradora



Colombiana de Pensiones. En el mismo sentido, debe indicarse que tampoco es posible acoger lo aducido por una de las demandadas, en el sentido que al ordenar la devolución de gastos de administración un porcentaje ya se encuentra en poder de las aseguradoras que dieron cobertura a las contingencias de invalidez y muerte, pues se reitera, que quien debe acarrear las consecuencias de la ineficacia son las administradoras de pensiones que no brindaron la debida información a la afiliada y no así las aseguradoras que brindaron la cobertura para las contingencias aseguradas.

En lo que tiene que ver con las restituciones mutuas que peticona la administradora privada, concerniente a que con la devolución de los rendimientos se hace innecesario el pago de los gastos de administración o que en caso de ordenarse dicho pago, no es posible remitir los rendimientos, sin embargo, en primer lugar se debe reiterar, que como se ha dicho en el trascurso de esta sentencia, quien debe correr con los perjuicios que se ocasionen con la falta al deber de información, es la administradora privada quien no cumplió con la obligación contenida en el Estatuto del Consumidor Financiero y en segundo lugar, por cuanto no se hubieran generado los rendimientos que se indicaron por la parte demandada, sino no se hubieran efectuado los aportes por el afiliado, pues con dicho capital se realizaron las inversiones correspondientes, que generaron los réditos aducidos por la pasiva.

De igual forma, debe advertirse que tampoco se puede acoger el dicho de la encartada Colpensiones, en el sentido que el actor se encuentra en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, en el entendido que si bien tal postulado es cierto, también lo es, que al declararse la ineficacia es como si



nunca se hubiese realizado el traslado y por tanto no se encontraría en la mencionada prohibición.

Finalmente, se revocará parcialmente la condena en costas impuestas contra Colpensiones, pues tal como lo refiere la apoderada de la demandada, en el acto jurídico de traslado no intervino la pasiva, por lo que no es posible imponer condena por costas, pues en el mismo tan sólo intervino el demandante y las administradoras privadas de pensiones, advirtiendo, que si bien se hizo oposición a la demanda, ello fue para garantizar el equilibrio financiero del sistema y el eventual reconocimiento del derecho pensional que se genere a futuro con cargo a la misma entidad pública.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo únicamente de las demandadas Colfondos S.A., Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SÉPTIMO** de la sentencia proferida, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada Colpensiones de la condena en costas impuestas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de esta



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-017-2018-00626-01. Proceso Ordinario Carlos Mario Sánchez Sanín contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

sentencia. **TERCERO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **CUARTO. COSTAS** de ambas instancias únicamente a cargo de las encartadas Colfondos S.A., Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A.; fíjense como agencias en derecho la suma de \$600.000.00 M/cte. para cada una de ella, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Selvo vota porciel*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-017-2019-00069-01. Proceso Ordinario de José Ricardo Gómez Rodríguez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de septiembre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Colpatria, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como al traslado horizontal y como consecuencia de lo anterior, se condene a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que



recibió con motivo de su afiliación, junto con los rendimientos respectivos y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que estuvo afiliado al ISS por el período comprendido entre el 10 de enero de 1977 y el 30 de junio de 1999, cotizando un total de 595.43 semanas; que se trasladó a la AFP Colpatria el 30 de julio de 1999, pues se indicó por parte de los asesores, que el ISS estaba sumido en una crisis financiera, por lo que se futuro pensional estaría mejor en el RAIS, pero no se le informó que al estar casado su derecho pensional sería inferior, así como las desventajas de pertenecer a dicho régimen; que en el 2004 los asesores de Santander hoy Protección S.A., le informaron que su derecho pensional sería superior en dicha AFP, no obstante, no se le informó que podía retornar a la edad de 52 años, ni se le hizo una asesoría personalizada al respecto; que radicó derecho de petición referente una simulación pensional ante la administradora privada el 10 de agosto de 2018, obteniendo respuesta el 30 del mismo mes y año, que su pensión a la edad de 62 años ascendería a la suma de \$911.797, sin embargo, previo un estudio pensional, se estableció que la pensión en el RPM sería por el monto de \$4.393.712, por cuanto el IBL de los últimos 10 años ascendía a la suma de \$5.717.258; que elevó derechos de petición ante Protección y Colpensiones solicitando su traslado, no obstante, la última de las mencionadas negó el mismo, bajo el sustento que se encontraba a menos de 10 años para adquirir la edad para el derecho pensional.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó a la AFP Protección S.A. trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, imponiendo la devolución de tales gastos también a



Porvenir S.A. y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, teniéndola como válidamente afiliada al RPM y convalidarlos en la historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

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

El apoderado de Porvenir S.A. solicitó revocar la decisión de primer grado en su integridad, pues no se comparte la declaratoria de ineficacia, ni las consecuencias jurídicas del mismo, como la de trasladar los gastos de administración, teniendo en cuenta que en el proceso se incumplen tres principios, el de interpretación restrictiva de la norma, confianza legítima e inescindibilidad de la norma; pues el primero es que la sanción de la ineficacia tiene una interpretación es restrictiva y no extensiva, y por tanto, los efectos deben ser los contenidos en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y no las consecuencias del artículo 1746, que también se aplican de forma parcial, en el entendido que la ineficacia en sentido estricto no se configura, pues se demostró el contrato de afiliación, sin que se puede obligar a la demandada a traer pruebas documentales para el momento del traslado, cuando había certeza de que única prueba para mantener o probar la eficacia de la afiliación era el formulario respectivo, afectándose la confianza legítima, pues se impone una carga imposible de cumplir, que es traer las pruebas



documentales que se exigen, pues no se tienen en cuenta los indicios, así como que se trasladó y ratificó su decisión con Protección y la información brindada al momento de la afiliación, pues para el momento del interrogatorio a transcurrido 25 años y por tanto es imposible materializar la información brindada. Sobre la inescindibilidad de la norma, la interpretación es restrictiva y el efecto jurídico es el del artículo 271, el que no indica que se retrotraen las cosas a su estado original y si en todo caso la consecuencia es retrotraer las cosas, se vulnera la inescindibilidad de la norma, conforme lo dispone la sentencia T 659 de 2015, por lo que no se puede determinar de dónde surgieron los rendimientos financieros, los que no se generan en Colpensiones, ni en el RPM, siendo inexistente el traslado de tales rendimientos, conforme con el artículo 1746, enfatizando, que los jueces están sometidos al imperio de la Ley, así mismo, frente a condena en concreto que es trasladar los gastos de administración, que son gastos de tracto sucesivo y afectan a terceros respecto de los cuales surgió un pago, obligándose a trasladar incluso las comisiones financieras con ocasión de la administración, sin que esté obligada a ello, en el entendido que no se probó la mala fe de la demandada, sino que se presumió, dejando de lado que los dineros son autorizados por la Ley para ser descontados. Frente a la prescripción, señaló que la Ley y la Jurisprudencia establecen que son dineros tendientes a financiación de la pensión y los gastos de administración no tienen tal destinación y en ese sentido los dineros que Colpensiones debe administrar son dineros que no revisten la protección de imprescriptibilidad por lo que prescriben, sin que se pueda comprender por qué las mesadas pensionales sí prescriben, pero los gastos de administración que no son para financiar la pensión no, debiéndose decretar la prescripción trienal.

La apoderada de Protección S.A. solicitó se revoque la sentencia proferida en lo relativo a trasladar los gastos de administración, toda vez que con la condena de primera instancia de devolver los dineros de la cuenta de ahorro



individual, más los rendimientos financieros, más los gastos de administración, se estaría en un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, pues se ordenaría la devolución de gastos que no son destinados a financiar la pensión de vejez del demandante, adicional al traslado de los rendimientos fruto de la buena gestión de administración de la encartada, por lo que tiene derecho a mantener la comisión como restitución mutua. Frente a los seguros previsionales, se debe manifestar que se giró a una aseguradora mes a mes y por ello no puede la encartada solicitar su devolución para trasladarla a Colpensiones y en caso de mantenerse la decisión de que sea la demandada quien de sus propios recursos proceda con la devolución de los gastos permitidos por la comisión de administración y seguros previsionales, se estaría en una condena en perjuicios, la que se debería revisar como una responsabilidad civil y en el proceso no quedó demostrada la causación de los mismos, pues la inversión de carga de la prueba es por la ineficacia y no por perjuicios no demostrados y en todo caso, debería operar la prescripción de conformidad con los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T.

Finalmente, Colpensiones presentó recurso de apelación, sustentándolo en primer lugar en el fallo se desconoce las etapas que tiene el deber de información, que ha tenido variación en el tiempo a través del decreto 663 de 1993 Decreto 2241 y Ley 1748 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que el análisis de la información y el alcance de la asesoría es por la normatividad vigente a la fecha de materialización del traslado, pues no es razonable imponer obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico al momento de traslado pues se desvirtúa el principio de confianza legítima, que no es solo para la posibilidad de defensa y recursos es el ajuste de las normas pre existentes al acto que se juzga, por lo que al imponer a los fondos obligaciones inexistentes, vulnera el debido proceso de Colpensiones, quien sin participar en el traslado, debe afrontar la carga de la prestación, además,



que el demandante hizo actos de convicción de los que se permite colegir su permanencia en el RAIS, conforme con la sentencia 72232, estos actos demuestran su deseo de permanencia y por ello no se puede después de 15 o 20 años hacer el traslado del actor por solicitud o arrepentimiento del mismo, aunado con que estas decisiones afectan la sostenibilidad económica del sistema, pues se pone en riesgo el RPM, en lo concerniente a ser un fondo común, poniendo en riesgo los aportes de los demás afiliados, debiéndose revocar la sentencia en su integridad, incluyendo la condena en costas y agencias en derecho, siendo Colpensiones un tercero de buena fe, en la que no actuó la demandada y se materializó con la manifestación del actor.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES

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

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente



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

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen



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

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

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

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



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

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

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



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

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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho



pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio y que en todo caso, debería ser cobrada por Colpensiones durante el período en el que se mantenga la afiliación.

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

Ahora bien, frente a la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones que administra Colpensiones, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas



respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, sin que ello pueda generar un detrimento patrimonial en cabeza de la AFP, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos emolumentos y no la administradora privada, situación que ocurre de forma similar, respecto del posible enriquecimiento sin causa que adujo la encartada respecto de Colpensiones.

Ahora bien, en lo atinente con la vulneración de los principios referentes a la interpretación restrictiva de la norma, confianza legítima e inescindibilidad de la norma, es necesario precisar que ninguno de ellos se vulnera con la sentencia que declara la ineficacia del traslado, pues teniendo se debe partir que el acceso y cobertura al Sistema Integral de Seguridad Social, es un derecho fundamentales, que tiene protección Constitucional y propende por las garantías al afiliado, esto es, tener acceso al sistema de salud y el reconocimiento de un derecho pensional que respete la dignidad humana, más aún, que no se generaría el fraccionamiento normativo que aduce el apoderado de Porvenir, ya que la falta al deber de información se encuentra establecido desde el Estatuto del Consumidor Financiero, en el que se propende por el buen consejo de las entidades financieras, presupuesto que no se acreditó por las administradoras de pensiones privadas.



Finalmente, debe precisarse que en efecto le asiste razón a la apoderada de la demandada Colpensiones, referente a la solicitud de absolver a dicha encartada al pago de las costas de primera instancia, en el entendido que tal como lo señaló dicha litigante, la Administradora Colombiana de Pensiones para el momento en que se originó el traslado, esto es, en el año de 1999, no tenía la obligación de brindar una doble asesoría o un buen consejo, por lo que no intervino en el acto jurídico que surgió entre el actor y las administradoras privadas y si bien, propuso medios de defensa dentro del litigio, ello se entiende, bajo el supuesto que pretende la protección del sistema financiero del Régimen de Prima media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, por lo que se revocará la decisión de primer grado en tal sentido.

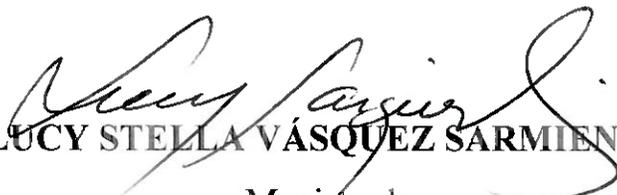
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.

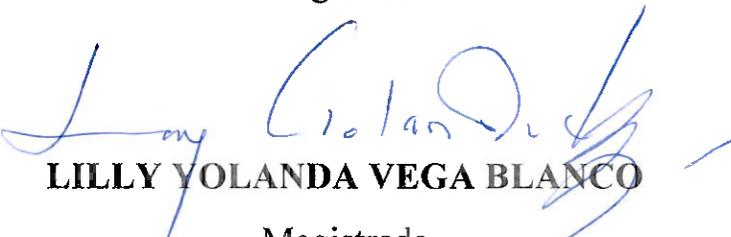
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SÉPTIMO** de la sentencia proferida, en el sentido de **ABSOLVER** a Colpensiones, del reconocimiento y pago de las



costas de primera instancia. **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **CUARTO: COSTAS** de ambas instancias cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte. para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Solvo veto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-012-2020-00137-01. Proceso Ordinario de Myriam Stella Porras Sierra contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de la demandada Porvenir S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de julio de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada.

ANTECEDENTES:

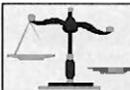
Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, junto con los rendimientos financieros y a esta última entidad, a que una vez cuente con tales aportes,



proceda con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, así como, que se condene al reconocimiento y pago de los perjuicios causados con ocasión del traslado y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 23 de septiembre de 1961, contando con 58 años al momento de radicar la demanda, estando afiliada al Sistema General de Pensiones, cotizando en el RPM por el período comprendido entre el 15 de mayo de 1986 y el 31 de julio de 1995, donde cotizó 471 semanas y contaba con 33 años, y a partir del 1° de agosto de 1995 hasta la fecha de la demanda en el RAIS, administrado por la AFP Porvenir; que al momento de su afiliación a Porvenir, no se brindó la debida asesoría, respecto de las consecuencias del cambio de régimen pensional, la entrega de proyección de la prestación, el capital necesario para adquirir la pensión, así como las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes; que la actora cuenta con más de 1300 semanas y por tanto tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, consagrada en la Ley 100 de 1993, no obstante, no tendría derecho a prestación alguna en el RAIS, pues no tiene un capital acumulado equivalente al 110% del SMLMV; que efectuados los cálculos se obtendría una mesada pensional en el RPM por la suma de \$1.991.924,56, mientras que eventualmente en el RAIS la prestación ascendería al monto de \$877.803, en caso de concederse la pensión de garantía mínima; que elevó solicitud de traslado ante Porvenir el 29 de noviembre de 2019, la que fue negada por la administradora privada mediante oficio del 16 de enero de 2020; que se petitionó ante Colpensiones el traslado y el cobro de los dineros provenientes del RAIS, la que fue desatada de forma desfavorable el 29 de enero de 2020.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y



Cesantías Porvenir S.A., y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, teniéndola como válidamente afiliada al RPM, actualizando su historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar, se absuelvan de las súplicas de la demanda, exceptuando el numeral sexto de la decisión, que absolvió a la encartada al pago de los perjuicios reclamados. Lo anterior, teniendo en cuenta que el fallador declaró ineficacia que habla de impedir o atentar contra afiliación del trabajador del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no obstante, no se probó que el asesor en su momento hubiese querido generar algún daño y aun así, se declara la ineficacia, debiéndose resaltar que el aquo indicó que el formulario de afiliación fue informada, no obstante, dicho documento nace de la Ley 100 de 1993, en su artículo 114 tal como lo hizo la demandada, además que dicho extremo siempre ha indicado que el deber de información nació desde su creación, sin embargo, lo que se reprocha es que ese deber de información necesitara de otro documento adicional, pues era verbal, así como, que el Juez no indica que si la afiliación es válida, cual es el documento que se exige para demostrar el acto y negocio jurídico del año 1995, pues no se puede traer al asesor del aquí demandante y no se puede fabricar una prueba distinta a la de



la época y se debe mencionar, que debió darse proyección o cálculo de la aquí demandante, pero para dicha data no era necesario la proyección y nació en el año 2014, pero para el momento de la firma del documento la demandante tenía 34 años, haciéndole falta más de 20 años y más de 500 semanas, por lo que no se podía hablar de una pensión o el monto que requería para ese momento. De otra parte, la demandante está inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003, norma que fue declarada exequible para la protección del sistema general de pensiones y principio de estabilidad financiera, además, que en el interrogatorio de parte no se dio la información completa de su decisión, pero según la prueba busca la confesión de la contra parte y no se puede utilizar el mismo, pues se fabricaría la prueba, pero manifestó que había un asesor al momento del traslado e indicó que debido a sus viajes y trabajo no buscó información adicional y que teniendo la oportunidad no lo hizo, pues no trabajó con un solo empleador y aun así, continuó firmando esa aceptación de continuar con la encartada. De igual forma, se condena a la devolución de gastos de administración, no obstante, en la Ley 100 de 1993 se establece que en el RPM se destina un 3% para los gastos de administración, sin embargo, ese porcentaje no financia la pensión y no es del afiliado y verificando su naturaleza es un descuento de Ley y contra el que incluso se podría generar el término prescriptivo y que incluso se estaría en un enriquecimiento sin justa causa de la codemandada, quien nunca hizo administración, que sí hizo la demandada e incluso en los términos de la Superintendencia Financiera indica que lo único que se debe devolver es el capital y los rendimientos, pues los gastos de administración y seguros previsionales son destinados a una compañía aseguradora, por lo que se deben desestimar las pretensiones de la demanda.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA



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

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

CONSIDERACIONES

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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



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

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

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

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



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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio y que en todo caso, debería ser cobrada por Colpensiones durante el período en el que se mantenga la afiliación.

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

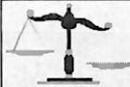


dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

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

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, sin que ello pueda generar un detrimento patrimonial en cabeza de la AFP o un enriquecimiento sin justa causa en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos emolumentos y no la administradora privada.

De igual forma, debe advertirse que tampoco se puede acoger el dicho de las encartadas, en el sentido que la actora se encuentra en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años para



adquirir el derecho pensional, en el entendido que si bien tal postulado es cierto, también lo es, que al declararse la ineficacia es como si nunca se hubiese materializado el traslado y por tanto nunca se hubiere generado la mencionada prohibición.

Finalmente, es necesario aclarar que si bien la obligación de dejar constancia escrita de la información brindada al afiliado es posterior a la afiliación realizada, también lo es, que el deber de información que ostentan las administradoras de pensiones privadas se encuentra consagrado en el Estatuto del Consumidor Financiero, así como el deber del buen consejo, precepto que puede acreditarse por cualquier medio de prueba, sin que sea necesario que el mismo fuese escrito, no obstante, lo que no puede pretender la AFP, es que con el simple diligenciamiento de un formato de afiliación pre impreso, se llegue a la certeza de que el afiliado en efecto recibió la información acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional y las implicaciones que a futuro genere su traslado.

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

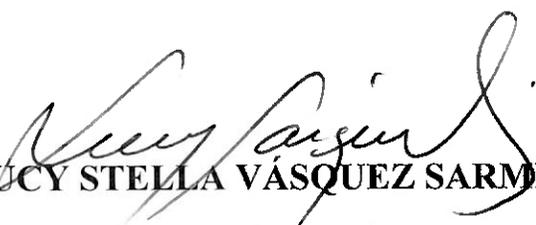
DECISIÓN:

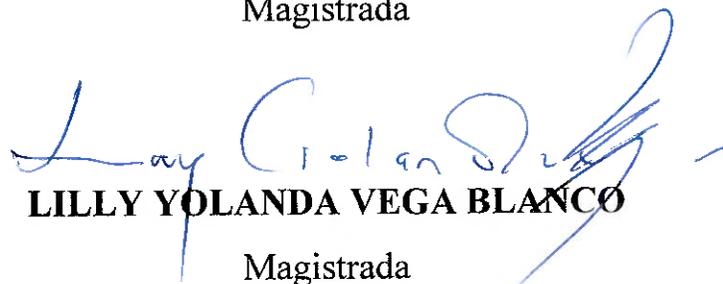
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-012-2020-00137-01. Proceso Ordinario Myriam Stella Porras Sierra contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de ambas instancias cargo únicamente de Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 012 2019 00716 01 Proceso Ordinario
Apelación de sentencia Astrid Genoveva Rodríguez Cajiao contra
Administradora Colombiana de Colpensiones y Otras.**

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

ANTECEDENTES:

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



implicaciones de su traslado, y que la demandada de Colpensiones acepte su vinculación al régimen de prima media con prestación definida; se condene a la AFP Porvenir S.A. al traslado de los aportes realizados a su favor, junto con sus respectivos frutos e intereses a Colpensiones, y como consecuencia de ello se ordene a esta última entidad a aceptar dichos aportes a su cómo su migración y traslado al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad a partir del 1° de febrero de 1999.

Como sustento de sus pretensiones, expresó en esencia, que comenzó sus cotizaciones para cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, ante la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal- el 30 de junio de 1986.

Afirmó que previo a trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. acumuló en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Cajanal y el Instituto de Seguros Sociales un total de 349,71 semanas.

Indicó que el 31 de diciembre de 1998 fue abordada por una asesora de la AFP Porvenir S.A. con el propósito de obtener su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, omitiendo la obligación de asesorarla e informarle adecuadamente las implicaciones de dicho traslado.

Adujo que el agente comercial de la demandada se limitó a indicarle que podía pensionarse anticipadamente, que recibiría altas tasas de rentabilidad y que si no se trasladaba en esa fecha su bono pensional valdría un 26,1% al momento de su redención, induciéndola de manera equivocada a trasladarse de régimen pensional.



Informó que en agosto de 2002 ante las llamadas y visitas contantes de funcionarios del fondo privado Protección S.A., para mostrar las ventajas de su futuro pensional, sin que tampoco se le brindara una asesoría adecuada acerca de las implicaciones de su traslado.

Señaló que en el mes de junio de 2007 nuevamente recibió llamadas permanentes de asesores de la AFP Porvenir S.A. para mostrarle las ventajas de su futuro pensional de permanecer en el régimen de ahorro individual y trasladarse a dicha administradora; sin que se le diera una asesoría suficiente, completa, clara y comprensible.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.¹ indicó en esencia que la demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y espontánea completamente informada al recibir la asesoría verbalmente. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones² adujo atenerse a lo que se probara dentro del proceso. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

Por su parte la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.³ fundó su oposición en que el acto del traslado es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el cual se solemnizó con la suscripción por parte de la demandante en forma libre y voluntaria. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación

¹ Cfr fls 158 a 196.

² Cfr CD fl 241.

³ Cfr CD fl 245.



y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos público, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual realizada el 1° de febrero de 1999 a través de la AFP Porvenir; declaró válidamente afiliada a la demandante a Colpensiones y condenó, a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos y los costos cobrados por concepto de gastos de administración; a la AFP Protección S.A. los gastos cobrados por concepto de gastos de administración; y a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Porvenir y actualizar la historia laboral de la demandante.

Inconformes con la determinación la apoderada de la AFP Porvenir S.A. y la apoderada de la AFP Protección S.A. interpusieron recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se declaren las excepciones propuestas, absolviendo a su representada de las condenas impuestas.



Aduce con tal propósito que su representada sí cumplió con el deber de información en la forma como se encontraba previsto para el momento de la afiliación de la demandante, esto es, para el año 1998, sin que pueda exigírsele un deber de información el cual solo surgió de manera muy posterior, y que por ese motivo es que su representada no estaba obligada a tener una constancia escrita distinta al formulario de afiliación que retratara la información brindada por sus asesores comerciales.

Aduce que debió tenerse en cuenta que el deber de información era de doble vía y no podía eximirse a la afiliada del deber que le asistía de concurrir debidamente informada al acto de afiliación; máxime cuando se trata de un asunto tan trascendental como lo es su futuro pensional.

Agrega que en el interrogatorio de parte se demostró que la demandante fue informada, dado que señaló haber recibido información relacionada con los aspectos más fundamentales del régimen como lo son el destino de los aportes que realizaba, la forma en que se financiara su pensión, que podía pensionarse de forma anticipada, lo cual es del todo cierto, de manera que su representada no faltó a la verdad al entregarle dicha información, y además reconoció que suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria.

De otra parte, aduce también oponerse a los efectos otorgados a la ineficacia del traslado, pues si producto de la ineficacia deben retrotraerse las cosas al estado anterior al que se encontraban antes de haberse efectuado la afiliación, debe entenderse en consecuencia que la demandante nunca estuvo afiliada, y tampoco habría lugar a la orden de la devolución de los rendimientos.

En ese mismo sentido se opone a la condena relativa a la devolución de los gastos de administración, en tanto que no se ajusta a los artículos 1746 y



1747 del Código Civil, en cuanto a las restituciones mutuas, de tal manera que no puede obligarse a su representada a la devolución de un bien así como a las sumas que invirtió para mantenerlo e incrementarlo, esto es obligársele a devolver los rendimientos y a su vez los gastos de administración, máxime cuando estos tienen una destinación específica de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Aduce en el mismo sentido que los recursos correspondientes a los gastos de administración ya no se encuentran en poder de su representada y que no se encuentran destinados a la financiación de alguna prestación económica en favor de la demandante y que dicho concepto también se genera en el régimen de prima media con prestación definida; por lo que la condena en ese sentido genera un detrimento económica para su presentada y un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante.

Por su parte la apoderada la AFP Protección S.A. solicita se revoque parcialmente la decisión acogida por el servidor judicial de primer grado, en lo relativo a la condena impuesta en contra de su representada.

Aduce al efecto la comisión de administración es un descuento autorizado por la el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, en donde se faculta a los fondos para realizar la deducción de un porcentaje sobre el valor del aporte total realizado por los afiliados y opera en ambos regímenes, de manera que incluso si la demandante hubiera permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, los valores correspondientes a los gastos de administración también le sería descontados y que por esa razón no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante.



Aduce que de acuerdo con lo anterior ordenar la devolución de los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y de la demandante porque son dineros que no están destinados a financiar la pensión de vejez.

Solicita en el mismo sentido se tenga en cuenta el rendimiento de aportes allegado con la contestación de la demanda, en donde se advierte que durante el tiempo de afiliación de la demandante con su representada se generaron unos rendimientos debido a la buena gestión que esta última realizó y que los mismo son considerablemente mayores a los que se pueden deducir del régimen de prima media por el sistema propio de capitalización.

Sostiene que en consecuencia su representada tiene derecho a conservar dichos conceptos como una restitución mutua a su favor, y no existe ninguna razón para que tenga que trasladarlos a Colpensiones.

Aduce de confirmarse la condena en contra de su representada en donde se ordena a su representada asumir los descuentos permitidos por la comisión de administración, se estaría constituyendo una indemnización de perjuicios, lo cual tendría que analizarse a la luz de una responsabilidad civil, y que en este proceso no fue materia de prueba o quedó demostrada la causación de perjuicios, toda vez que la carga de la prueba operó frente a la ineficacia o nulidad de la afiliación y no frente al tema de perjuicios.

De otra parte afirma que si lo que se condena fue declarar la ineficacia del traslado, la figura estricta es que las cosas vuelvan a su estado anterior y por esa razón no habría que trasladar unos rendimientos, que se dan es por la afiliación propia al régimen de ahorro individual, o de la comisión que se cobró por un mandato legal y que en ese sentido su mandante actuó bajo el cumplimiento normativo, de manera que se le estaría condenando en perjuicio por cumplir un mandato legal.



GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

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

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



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga⁴, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

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

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

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

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

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



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

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento del traslado debió dar a conocer a la demandante las posibilidades del futuro de su derecho pensional, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía



mayores ventajas; exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones de acceso a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida, pues solo de esta forma la demandante hubiera podido tomar un decisión consciente.

En este mismo sentido, se considera oportuno recordar que la jurisprudencia laboral enseña que las administradoras de fondos de pensiones no sólo deben ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva por algunos de los medios probatorios existentes, en la medida que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante no es posible establecer que se le hayan dado a conocer los aspectos antes indicados, pues en el mismo reconoció que únicamente se le indicó que sus aportes tendrían unos rendimientos y que con esos recursos se financiaría su pensión de vejez, información que resulta insuficiente de cara al pluricitado deber de información que tenían las administradoras de fondos de pensiones.

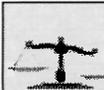
No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación, de manera que no resulta de recibo el argumento que en tal sentido elevó la apoderada de la AFP Porvenir.



Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación efectuada a la AFP Porvenir S.A. a partir del mes 1º de febrero de 1999, y como consecuencia de ello las afiliaciones que se realizaron con posterioridad, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, aspecto motivo de inconformidad por parte de la AFP Porvenir, corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de



fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados, criterio que ha sido reiterado entre otras en sentencia SL4360 de 2019.

De manera que como a la fecha la demandante se encuentra afiliada a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Protección S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, tal como lo determinó el servidor judicial de primer grado.

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



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

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

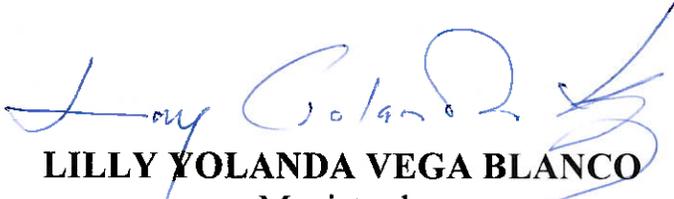
SEGUNDO.- CONFIRMAR lo demás la decisión de primer grado.

TERCERO.- COSTAS. Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada




LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Solvo voto
parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-009-2016-00592-01. Proceso ordinario de John Freddy Ramírez Pineda contra Compañía Colombiana de Servicios Temporales S.A.S. y Otro (Consulta Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de noviembre de 2019.

ANTECEDENTES:

El señor JOHN FREDDY RAMÍREZ PINEDA convocó a la sociedad Compañía Colombiana de Servicios Temporales S.A.S. “COLTEMP”, a fin que previo a los trámites de un proceso ordinario se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 16 de abril de 2008 y el 8 de abril de 2016,



desempeñando el cargo de mensajero, que finalizó por decisión unilateral del empleador, así como, que en vigencia de la relación laboral no se reconoció ni pago al trabajador los salarios, auxilio de transporte, prestaciones sociales y vacaciones, advirtiéndose mala fe del empleador y que como consecuencia de las anteriores, se condene a la encartada al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones causadas en vigencia del contrato de trabajo, junto con la indemnización moratoria y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que se vinculó con la demandada a partir del 16 de abril de 2008, para desempeñar el cargo de mensajero, relación que se finalizó de forma unilateral y sin justa causa por el empleador el 8 de abril de 2016; que en vigencia del contrato de trabajo no se la pago salarios, auxilio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, ni vacaciones; que para el cálculo de tales conceptos, se debe tener en cuenta que el actor devengaba el salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad; que la demandada actuó de mala fe, al no proceder con el reconocimiento y pago final de salarios, auxilio de transporte y prestaciones sociales.

Frente a estas súplicas, la aquo declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el actor y la sociedad TECNIPERSONAL S.A.S. por el período comprendido entre el 17 de abril de 2008 y el 8 de abril de 2016, declarando que como beneficiario del trabajo del actor a la sociedad COLTEMP S.A.S., sin embargo, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido respecto de dichas sociedades, absolviendo a las mismas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, por cuanto si bien se encontró acreditada la prestación personal del servicio del demandante en favor de la empresa Coltemp S.A.S., también lo es, que dicha actividad



fue realizada con ocasión del contrato de colaboración empresarial suscrito entre TECNIPERSONAL S.A.S. y Coltemp S.A.S., por lo que el vínculo laboral se originó con la primera de las mencionadas, empresa que no solo pagó los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social durante la vigencia del contrato de trabajo, sino que además, en la oportunidad correspondiente, procedió con el pago de la liquidación final de prestaciones sociales, situación que imponía desestimar las súplicas de la demanda.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

El análisis de la Corporación se debe circunscribir a determinar la existencia de la relación laboral alegada por la parte demandante, y en caso de encontrarse probada la misma, establecer si es o no procedente el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones reclamadas, así como, proceder con el estudio de los medios exceptivos propuestos por las encartadas.

Corresponde a la Sala tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para



concluir la existencia de una relación laboral, prestación personal del servicio, retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable del contrato de trabajo, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas.

La prestación personal del servicio, primer elemento del contrato de trabajo, corresponde acreditarla a quien reclama su existencia, la cual debe surgir de la contratación directa de quien se afirma fungió las veces de empleador, durante todo el lapso que reclama la vigencia del vínculo, realizada no por iniciativa propia de quien la ejecutó, sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea el contratante, para enrostrarle la calidad de empleador, de ahí que por previsión legal, demostrada la prestación personal del servicio, se presume la existencia del contrato de trabajo, como lo consagra el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

De acuerdo con lo anterior, debe indicarse que el punto de la prestación personal del servicio no se encuentra en discusión en las presentes diligencias, en el entendido que si bien la encartada Coltemp S.A.S. aduce que entre las partes no existió contrato de trabajo, también lo es, que indica que la prestación del servicio del actor en su favor, se originó con ocasión del contrato de colaboración empresarial que suscribió dicha demandada con la sociedad Tecnipersonal S.A.S., empresa que fungió como verdadero empleador y quien efectuó el pago de salarios y prestaciones sociales en el interregno que aduce el actor, prestación del servicio que se acreditó por el actor con las documentales visibles a folios 6 a 531 del expediente, referentes con las actividades desempeñadas por el señor Ramírez Pineda; relación laboral, que por el contrario fue



aceptada por Tecnipersonal S.A.S. en la contestación de la demanda, quien adujo que entre el actor y dicha sociedad se suscribió contrato de trabajo a término indefinido, para que desempeñara el cargo de mensajero y que con ocasión de un contrato de colaboración empresarial, se remitía al actor a cumplir funciones dentro de la empresa Coltemp S.A.S.

En ese orden de ideas, una vez analizados los medios de prueba aportados al plenario, se encuentra que la demandada Tecnipersonal S.A. aportó copia del contrato de trabajo suscrito con el señor John Freddy Ramírez Pineda, visible a folio 614 y 615 del plenario, en el que consta que la modalidad contractual fue a término indefinido a partir del 17 de abril de 2008, para desempeñar el cargo de mensajero, con un salario mensual por la suma de \$461.500, más un auxilio de rodamiento por el monto de \$270.000, suscribiendo dos *otrosí*, mencionándose en el suscrito el 10 de noviembre de 2014, que el actor desarrollaría sus funciones a terceros beneficiarios cuando se trate de actividades ocasionales, accidentales o transitorios, para el reemplazo de personal en vacaciones, licencias por incapacidad o maternidad, incrementos de producción, transporte o ventas y estaciones de las cosechas.

De igual forma, dicha encartada aportó copia del documento denominado *“CONVENIO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL ENTRE TECNIPERSONAL S.A.S. Y COLTEMP S.A.S.”*¹, en el que se pactó:

“Que entre las partes se acordó formalizar a través de documento, el Convenio de Colaboración Empresarial que se ha venido ejecutando entre las partes, para el direccionamiento, coordinación y realización de las actividades y procesos de las áreas administrativas de las Compañías y que se han venido ejecutando de

¹ Cfr. Fl. 610 a 613.



manera compartida entre las mismas desde hace varios años, teniendo en cuenta la similitud de los procesos y actividades de selección, contratación, liquidación de nómina, pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, mensajería, servicios generales, Revisoría Fiscal, Asesorías jurídicas externas entre otros.

...

PRIMERA. OBJETO Y NATURALEZA

El presente acuerdo tiene por objeto compartir, servicios, procesos, gastos y algunas facilidades, sin desmedro de la autonomía jurídica, económica, organizacional y administrativa de cada una de las entidades que celebran este convenio. Constituye, en consecuencia, una forma de colaboración empresarial y no conlleva prestación de servicios profesionales de una parte en favor de la otra.

En virtud de lo anterior, las partes acuerdan compartir los procesos administrativos de selección, contratación, liquidación de nómina, pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social, mensajería, servicios generales, Revisoría Fiscal, Asesorías Jurídicas Externas, entre otros, beneficiándose ambas compañías en forma recíproca de dicha colaboración.

...

TERCERA. AUTONOMÍA

Las partes declaran que en este acto obran a título de empresas independientes, obrando por su cuenta y riesgo y con sus propios medios, de las actividades descritas en el presente convenio, con quien ella y sus trabajadores, para ningún efecto legal directo, ni indirecto tendrán vínculos de continuada dependencia y subordinación respecto a la otra entidad. En consecuencia, atenderá de forma exclusiva todas las obligaciones legales, estatutarias, reglamentarias y convencionales que se generen de su carácter de patrono, obligándose a mantener a la otra parte libre de todo reclamo o acción que se derive de estas causas.



SEXTA. VALOR.

Las partes acuerdan y declaran que el presente Convenio de Colaboración Empresarial genera los mismos beneficios y costos entre ellas, por lo que el valor que el mismo genere se acuerda compensado entre las Compañías. (...)”.

De acuerdo con lo anterior, es cierto que el actor prestó sus servicios a favor de la sociedad COLTEMP S.A.S., sin embargo, la misma no dio lugar a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, esto, contrario a lo indicado en su libelo genitor, pues la relación laboral de acuerdo con el contrato de trabajo se originó desde el 17 de abril de 2008 con la empresa Tecnipersonal S.A.S., sociedad que a su vez, suscribió convenio de colaboración empresarial, con la empresa Coltemp S.A.S. y que pretendía una colaboración en diferentes áreas administrativas de la compañía, en la que se encontraba la de mensajería, sin embargo, en el mismo documento se pactó, que cada empresa se hacía responsable por los vínculos contractuales con sus trabajadores, sin que se pudiera aducir de forma alguna, la existencia de una relación laboral y que en todo caso, dichas personas jurídicas dejarían libre el reclamo o acción que se derivara de tal circunstancia, a tal punto, que no se pactó retribución alguna entre las mismas con ocasión de la suscripción del convenio, bajo el entendido que el beneficio de compartir tales cargas administrativas era recíproco, por lo que no se generaba saldo a favor de ninguna de las compañías.

Así mismo, debe señalarse que la falladora de primer grado ante la inasistencia del demandante a absolver el interrogatorio de parte que había sido solicitado por las encartadas lo declaró confeso de las preguntas allegadas en sobre cerrado, señalando respecto de la demandada Coltemp S.A., que era cierto que el actor había suscrito contrato de trabajo el 16 de abril de 2008 con la empresa Tecnipersonal



S.A.S., así como, que con ocasión de la suscripción del mismo, el actor debía desplazarse a distintas empresas con las que dicha sociedad tenía convenios de colaboración empresarial y que la certificación emitida por parte de Coltemp S.A.S., era por un favor personal.

De otra parte, se declaró confeso de las 16 preguntas efectuadas por parte de la sociedad Tecnipersonal S.A.S., referentes a que se suscribió un contrato de trabajo con la misma, cuál era el horario de trabajo, que la remuneración mensual era pagada por Tecnipersonal, que debía desplazarse a otras empresas con las que se tenía el convenio de colaboración empresarial, así como que le había pagado salarios y prestaciones sociales, liquidación final de prestaciones sociales, junto con la indemnización por despido, entre otras, lo que desvirtúa la existencia del vínculo laboral aducido por el demandante.

No obstante lo anterior, fue acertada la decisión de la falladora de primer grado, en cuanto declaró responsable de forma solidaria a la encartada COLTEMP S.A.S., de las posibles obligaciones que se encontraran pendientes con el trabajador por parte de TECNIPERSONAL S.A.S., puesto que, de conformidad con el numeral 2° del artículo 34 del C.S.T., el beneficiario del trabajo o dueño de la obra es solidariamente responsable, situación en la que se encuentra el señor John Freddy Ramírez Pineda, pues si bien el contrato de trabajo se suscribió como se ha reiterado, con la empresa Tecnipersonal S.A.S., también lo es, que Coltemp S.A.S. se benefició de la fuerza laboral del actor y por tanto debería responder por las posibles contingencias laborales que se deriven del contrato de trabajo.

Ahora bien, frente al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones que depreca el actor, es necesario señalar que conforme con los



comprobantes de nómina y comprobantes de egreso que fueron aportados por la demandada TECNIPERSONAL S.A.S. visibles a folios 657 a 898, se puede extraer que en efecto le fue pagada la remuneración mensual, junto con las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones por dicha compañía durante el tiempo que se mantuvo el contrato de trabajo y a la finalización del mismos, se procedió con el pago de la liquidación final de prestaciones sociales², en la que también se incluyó la liquidación por terminación del contrato de trabajo, con ocasión de que el vínculo laboral feneció de forma unilateral y sin justa causa por el empleador, de lo que se denota que no existe emolumento alguno pendiente de pago y por tanto se confirmará la decisión de primer grado, que absolvió a las encartadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Finalmente, también se debe resaltar, que se acreditó el pago de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social por parte de quien fue el empleador del demandante, conforme se extrae de las planillas de liquidación visibles a folios 623 a 652, que reflejan los pagos realizados a partir del mes de abril de 2008 y hasta abril de 2016.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado estarán a cargo del demandante y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

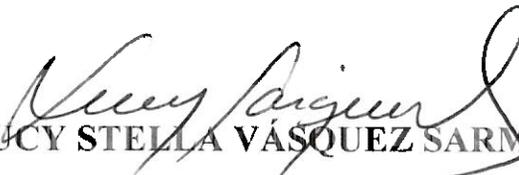
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República

² Cfr. Fl. 925.



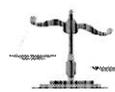
Ref.: radicación No. 11-001-31-05-009-2016-00592-01. Proceso ordinario de John Freddy Ramírez Pineda contra Compañía Colombiana de Servicios Temporales S.A.S. (Consulta Sentencia).

de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS.** Las de primer grado estarán a cargo de la parte actora y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-005-2019-00573-01. Proceso Ordinario de Ricardo Montealegre Rodríguez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, el 2 de agosto de 2021; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Porvenir S.A., se condene a la AFP Old Mutual a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, aportes obligatorios, rendimientos



financieros, conforme lo dispone el artículo 1746 del C.C., gastos de administración, así como, que si se reconoció pensión en favor del actor, se continúe efectuando el pago respectivo, hasta tanto sean recibidos los dineros, se reconozca el derecho pensional y se incluya en nómina de pensionados y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a partir del 16 de octubre de 1978, afiliándose al RAIS a partir del 24 de febrero de 1997, momento en el cual no se le brinda la información veraz, completa, adecuada y suficiente para adoptar la decisión del traslado, ya que no hizo entrega de proyecciones, ni comparativos entre el RPM y el RAIS, no se le informó la edad hasta la que debía cotizar para obtener el derecho pensional, el capital que debería ahorrar para financiar la prestación, que si se deseaba pensionar debía negociar el bono pensional de forma anticipada, situación que disminuiría su pensión, afectándose la misma por tener compañera permanente o cónyuge, hijos discapacitados o menores de edad, la posibilidad de retractarse, pero sí le informó que el ISS se iba a liquidar y estarían en riesgo sus aportes pensionales; que el demandante elevó solicitud ante Porvenir para que le hiciera entrega de los documentos que sirvieron de fundamento para tomar la decisión de traslado, sin embargo, no se hizo la entrega de los mismos; que se trasladó a Old Mutual S.A., sociedad respecto de la cual se solicitó el detallado de semanas cotizadas, y quien dio respuesta a su pedimento; que elevó solicitudes de anulación de traslado ante Colpensiones, Porvenir S.A. y Old Mutual, quienes negaron las peticiones elevadas; que de no haberse efectuado el traslado, la mesada pensional en el RPM ascendería a la suma de \$4.958.166, no obstante, en Old Mutual la prestación es de \$1.910.015, de acuerdo con el estudio de cálculo actuarial aportado.



Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la nulidad de la afiliación efectuada por el demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar los aportes pensionales, rendimientos, frutos e intereses, y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros, activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualizar su historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

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

La apoderada de Colpensiones, peticionó se revoque la sentencia proferida y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Adujo, que la demandada no tuvo injerencia alguna al momento del traslado, al igual que los traslados afectan los intereses de Colpensiones, en cuanto no se garantiza la capitalización del sistema y poniendo en riesgo las pensiones de aquellas personas que durante su vida laboral han aportado en el RPM. En igual sentido, peticiona se estudie el fondo de la situación, pues en el proceso se declaró la nulidad por falta al deber de información por la AFP, fallando en el deber de oportunidad para indagar en cual régimen desea seguir el afiliado para tener derecho a la pensión, por lo que debería ser la administradora de pensiones quien proceda a reconocer el derecho en los mismos términos que



Colpensiones, más aún, cuando la entidad fue vinculada de forma residual pues la afiliación se originó en el RAIS, máxime cuando quien tenía la obligación de brindar la información era la AFP y no al ISS hoy Colpensiones y conforme con la teoría de la relatividad jurídica, no se puede afectar a la administradora del RPM con una decisión favorable o desfavorable. Finalmente, indicó que de confirmarse la decisión de primer grado, se ordene la devolución total de la cotización que ostente en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros, bonos pensionales, cuotas de administración y seguros previsionales, para garantizar el financiamiento de la pensión.

La apoderada de Porvenir S.A., solicitó se revoque la sentencia en su totalidad, teniendo en cuenta que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria como el citado por el aquo, no se debe aplicar el mismo, pues debe analizar circunstancias de cada caso, ya que no le asiste razón al juzgado declarar la ineficacia por falta de información, cuando la AFP no tenía como obligación de dar la misma al demandante, conforme con la Circular emitida por la Superintendencia Financiera de 1998, en la que se indicó que solo debía materializar y concretar el traslado con el diligenciamiento del formulario, conforme con las normas vigentes, de forma que se cumplió con obligaciones a su caro y la permanencia del afiliado se mantuvo y ratificó en el tiempo. Tampoco es razonable que la ineficacia sea por falta de consentimiento o vicios del mismo, pues se informó sobre su decisión, condiciones pensionales conforme con el formulario y el interrogatorio de parte que se brindó y conforme con art 1752 del C.C., una ratificación tácita, con los traslados efectuados y los formularios suscritos, pues en el caso bajo estudio, firmó dos formularios ratificando su deseo de permanecer en el RAIS, así como otros actos de relacionamiento referentes con la solicitud y otorgamiento de claves de entidades corporativas para poder verificar todo lo que refiere a extractos y movimientos de su cuenta, para lo



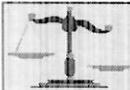
cual se debe tener en cuenta la Ley 1748 de 2014, que hace alusión a la proyección total y enviar extractos, pero la norma es a partir de diciembre de 2014, por lo que no se debía entregar otro documento y era suficiente con otorgar la información verbal al momento del traslado. De igual forma, tampoco es viable ordenar la devolución de los gastos de administración, ya que conforme con la Ley 100 de 1993, se destina en el RPM. Finalmente, me refiero a las costas conforme con la sentencia C 157 de 2013 y que la condena no resulta de una actuación temeraria, sino que es de la derrota en el proceso y cuyo presupuesto del artículo 365 las costas no son indemnización de perjuicios no son sanción y en el proceso no se logró acreditar la mala fe, o que incluso el señor Ricardo de manera negativa unos rendimientos o un tema negligente frente a lo obrado como tal en el proceso, con los aportes que él mismo realizó. Téngase en cuenta que el señor Ricardo sí se le brindó información al momento de su traslado y que por la mera expectativa de la mesada pensional se conceda una nulidad, además con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES



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

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

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

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

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

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

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las



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

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar

administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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



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

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

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

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la



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

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

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

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



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

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración cobrados en vigencia de la afiliación del demandante con ambas administradoras privadas, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado, por lo que se adicionará la decisión frente a tal concepto.

Ahora bien, debe precisarse que si bien la administradora privada señala que no se originó la afiliación desinformada, por cuanto en el interrogatorio de parte el actor señaló algunas características del RAIS y que el conocimiento se adquirió con el paso del tiempo, también lo es, que no se trató de forma alguna respecto de las consecuencias o perjuicios que conlleva afiliarse al mismo régimen, por lo que la información debe comprender la totalidad de factores, tanto favorables como desfavorables con los que cuentan ambos regímenes pensionales. En igual sentido, debe señalarse que la falta al deber de información no se convalida con el paso



del tiempo, pues la falencia de la administradora privada se originó al momento de suscribirse el formulario de afiliación.

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

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

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad del demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida, en el que se ordena la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, descontados en vigencia de la afiliación del señor Ricardo Montealegre



Rodríguez, durante el término de permanencia del mismo en cada uno de las administradoras privadas. **TERCERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **QUINTO: COSTAS** de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Porvenir S.A. y de Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000,00 para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
 Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
 Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
 Magistrado *Solvo un to porciel*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

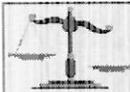
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-005-2019-00700-01. Proceso Ordinario de Flemin Rico Sánchez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).
--

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada Porvenir S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de abril de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su traslado al RAIS a partir del 1º de mayo de 1999 y como consecuencia de lo anterior, se condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, junto con los rendimientos respectivos y gastos de administración, ordenándose a la última entidad recibir tales dineros,



procediendo con el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988 o el Acuerdo 049 de 1990, al ser beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, prestación que se debe conceder a partir del 26 de enero de 2012, junto con los intereses moratorios regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas y las mesadas adicionales de junio y diciembre, y las costas del proceso. Así mismo, solicitó se declare que las mesadas percibidas por el actor fueron recibidas de buena fe y por tanto no hay lugar a restituir las mismas.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 26 de enero de 1952, por lo que al momento de radicar la demanda contaba con 67 años de edad, afiliándose al RPM desde el 12 de agosto de 1980, esto es, con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, momento para el cual contaba con más de 40 años de edad, siendo beneficiario del régimen de transición; que el actor se trasladó al RAIS a partir del 1º de mayo de 1999, estando afiliado al 21 de julio de 2017 a Porvenir S.A.; que el actor efectuó cotizaciones a Cajanal por intermedio de su empleador ICBF, así como, que realizó aportes en el RPM con ocasión de la prestación de sus servicios como funcionario judicial, por espacio de un año, 8 meses y 15 días; que el actor ha efectuado cotizaciones por un total de 1.451.04 semanas, y para la entrada del A.L. 01 de 2005 contaba con 815.63 semanas, manteniendo la transición hasta el 31 de diciembre de 2014, debiéndose reconocer el derecho pensional conforme lo dispone el Acuerdo 049 de 1990, pues se acreditaron más de 1000 semanas para el 26 de enero de 2012; que al momento de efectuarse el traslado no existió información respecto de las etapas de la afiliación y las consecuencias del mismo, al no brindarse la información, clara, expresa y completa, sin realizarse proyecciones pensionales, ni informarle que era beneficiario del régimen de transición, que para adquirir el derecho pensional debería contar



con una suma de dinero, que dependía del ahorro y de sus rendimientos, generada, desatendiéndose la obligación del buen consejo; que la mesada pensional reconocida a partir de 2017 ascendió a la suma de \$830.819, sin embargo, conforme con la Ley 71 y con una tasa de reemplazo ascendería al monto de \$2.400.000, recibiendo las mesadas pensionales de buena fe; que el actor elevó solicitud de nulidad ante Colpensiones el 23 de agosto de 2019, obteniendo respuesta negativa a su pedimento.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones propuso en su defensa las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y la genérica.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de igual forma se opuso a las pretensiones indicadas en la demanda, proponiendo como medios de defensa los que relacionó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la innominada.

El *aquo* absolvió a las demandadas respecto de la declaratoria de nulidad, no obstante, declaró que Porvenir S.A. es responsable por el perjuicio de pérdida de oportunidad y como consecuencia de ello, condenó a dicha administradora privada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre de 2016, en cuantía inicial por la suma de \$2.947.734, por trece mensualidades al año, sin que se pueda aducir la disminución del derecho pensional, con ocasión de la reducción del capital



ahorrado, tanto al actor, como a sus beneficiarios, autorizándose el descuento de los aportes de salud y absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, por cuanto si bien el Juzgado ha declarado la Nulidad, también lo es, que en el caso bajo estudio con el reconocimiento de la pensión hubo una nulidad saneada por parte del actor y como quiera que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, permite la aplicación de la teoría del perjuicio y como consecuencia de ello, el eventual reconocimiento por parte de las administradoras de pensiones, de proceder con el pago de los derechos pensionales.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva de los pedimentos de la demanda. Lo anterior, por cuanto el fallador genera unas condenas basándose en la pérdida de oportunidad que consiste en obtener un provecho o sufrir perjuicio, el que debe ser autónomo, que supone un daño que no fue demostrado dentro del proceso, ya que los artículos 1901 y 1902 del Código Civil, nos indican que en esa responsabilidad contractual es necesario acreditar el daño, que no fue probado en el proceso, así como que la indemnización de daños y perjuicios, que dice el juez que es reparador y no punitivo, pero para que se materialice el mismo, debe existir un incumplimiento con el demandante, pues el deseo y voluntad de pertenecer al RAIS, el mismo suscribió un formulario de afiliación, y además, advirtiéndose un daño, ya sea por lucro cesante o daño emergente, pero el fallador no manifestó cual fue el daño o perjuicio que es el requisito para la indemnización, así como, que requiere un nexo causal, que se debería vislumbrar entre la firma del formulario y el monto de la mesada pensional, pues con la Ley 797 de 2003, se cambió la fórmula para liquidar las mesadas pensionales y el traslado fue para el año 1999. En igual sentido, si bien el artículo 50 del CPTP, establece las facultades ultra y extra petita al Juez de



primera instancia, también lo es, que en el caso no se generó discusión frene al perjuicio, pago y daño que adujo el fallador y no están probados, la decisión es adicional a la demanda, basándose en que efectivamente se puede acudir para solicitar los perjuicios, pero en la demanda, no se genera reclamación de perjuicios de daño emergente o lucro cesante, aunado, con que de haberse reclamado los mismos, debía realizarse un juramento estimatorio, de conformidad con el artículo 206, pero lo que hace el aquo, es una facultad adicional al artículo 50, pues convierte un proceso de nulidad o ineficacia en uno de reliquidación, pues el numeral tercero indica que se condena a reliquidar pensión, y no es proceso de la reliquidación, así como que el pago sería desde 1° de diciembre de 2016 y no se genera término de prescripción pues la demanda se radicó en el año 2019, pero la demanda es de nulidad o ineficacia de traslado y por tanto las mesadas sí están prescritas, si se acogiera el numeral tercero.

Aunado, se adujo que el demandante era beneficiario del régimen de transición, sin embargo, manifestó que tenía 482 semanas y se debe mencionar que el artículo 36 en su inciso 4° indicó que se debería tener 35 o 40 años si es mujer u hombre, excepto si se trasladan, de lo que se permite colegir que si bien era beneficiario del régimen de transición, también lo es, que se acogió de forma libre y voluntaria al RAIS. De igual forma, en responsabilidad civil, existen eximentes de responsabilidad, como la culpa exclusiva de la víctima, pues la afiliación es bilateral y no unilateral y al momento de recibir a los asesores de Colpatria, no recuerda la información, aceptó los descuentos, elevó solicitud de pensiones, advirtiéndose la negligencia del actor.

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



CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, o si por el contrario, es procedente imponer condena respecto de la administradora privada, por los posibles perjuicios que se ocasionaron a la parte actora.

Al respecto es del caso tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado con la documental aportada al expediente, que el demandante nació el 19 de enero de 1952, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 12 de agosto de 1980, así como, que realizó cotizaciones a Cajanal por el período comprendido entre el 25 de julio de 1991 y el 30 de abril de 1999, anualidad en que se trasladó a la AFP Porvenir S.A., y que se reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 23 de noviembre de 2017.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que interesa al asunto, por razones de carácter metodológico se abordará en primer término el análisis relativo a la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual a pesar de que a la fecha ostenta la condición de pensionado en dicho régimen pensional.

Con tal propósito corresponde a la Sala remitirse en extenso al criterio sentando por la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, en la que sobre el particular se expresó:

“Es un hecho acreditado que [...] disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo



el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública. Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata. Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro



individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.(...)”.

Del criterio jurisprudencial en cita, que por demás ha sido reiterado por la alta Corporación en las sentencias SL 3535 del 4 de agosto de 2021, SL 3611 del 11 de agosto de 2021 y SL 3707 del 18 de agosto de 2021, y que acoge la Sala de Decisión no solo por la autoridad de que emana, sino por que comparte el análisis y conclusiones a las que arribó; dimana con meridiana claridad que el estatus de pensionado constituye una situación consolidada que no es razonable revertir dada la afectación que tal determinación implica, pues además de reversar el acto del traslado, tal



determinación apareja la afectación de un gran número de relaciones jurídicas e intereses económicos que se generan a partir del reconocimiento del derecho pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad, que a la postre adicionalmente imprimen un efecto desfavorable sobre el sistema público de pensiones.

En el asunto, como se advirtió en forma precedente el demandante ostenta la condición de pensionado desde el año 2017, para cuya financiación se redimió por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el bono pensional que existía en su favor.

Bajo tal perspectiva resulta indiferente que el demandante sea o no beneficiario del régimen de transición que estableció la Ley 100 de 1993, pues como se advirtió, es su condición de pensionado la que impide declarar la ineficacia de su afiliación y en razón a ello, el criterio sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral es aplicable en el caso objeto de estudio.

Las razones expuestas considera la Sala resultan suficientes para revocar la determinación que acogió el servidor judicial de primer grado, pues al margen que al momento del traslado se hubiere incumplido el deber de información a cargo de los Fondos de Pensiones; la condición de pensionado que ostenta el demandante impide declarar la ineficacia de su traslado y retrotraer la integridad de relaciones que se suscitaron al momento de su traslado al RAIS.

Ahora bien, es necesario advertir que si bien la Jurisprudencia emitida por la Alta Corporación de lo Laboral permite reclamar los perjuicios que se ocasionen por parte de la administradora de pensiones al afiliado, así como, la aplicación de las facultades extra y ultra petita por parte del fallador de



primer grado, también lo es, que sorprender a las encartadas con una decisión contraria, implicaría la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, defensa técnica y contradicción de la administradora de pensiones privada, pues el tema relativo a los perjuicios no fue debatido en la litis, sino que por el contrario, el Juez una vez trabajo el litigio al momento de fijar el mismo, fue quien orientó la actuación en dicha forma, sin que se pudieran controvertir los supuestos que echa de menos la accionada en el recurso de apelación, sin que ello quiera decir, que a futuro la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. pueda proponer la excepción de cosa juzgada, pues como se reitera, el debate referente al reconocimiento de los perjuicios no ha sido zanjado y por ello, el señor Flemin Rico Sánchez puede acudir a la jurisdicción ordinaria laboral a reclamar los mismos.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en las instancias, dada la absolución efectuada por el fallador de primera instancia, y el estudio efectuado en la presente decisión.

DECISIÓN:

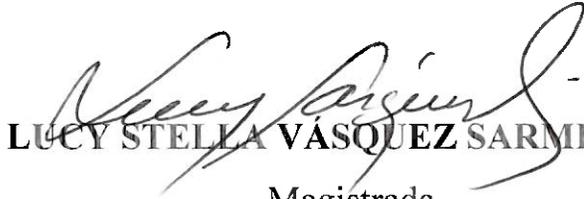
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

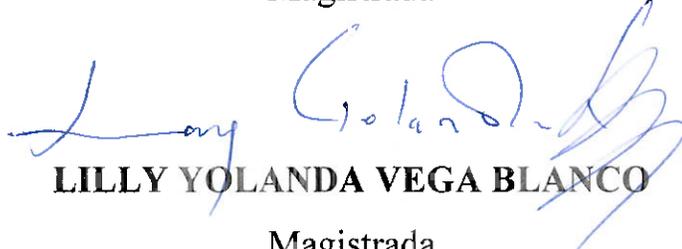
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 15 de abril de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar,



ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: SIN COSTAS** en las instancias. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 004 2020 00220 01 Proceso Ordinario
Apelación de sentencia Adriana Castillo Saavedra contra
Administradora Colombiana de Colpensiones y Otras.**

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

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la nulidad absoluta del acto de afiliación ilegalmente registrado por medio del cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ante el error y falta de información con la que suscribió la

afiliación, y que debe quedar inscrita en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se condene a esta última entidad a aceptar su traslado, y Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual con solidaridad.

Como sustento de sus pretensiones, expresó en esencia, que nació el 10 de junio de 1965, que se vinculó laboralmente desde el 7 de abril de 1989 al servicio de la Secretaría Departamental de Santander y comenzó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales a partir del 1° de septiembre de 1995.

Afirmó que de acuerdo con formulario de vinculación se trasladó de régimen el 28 de junio de 1999 con la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., sin embargo en dicho documento no aparece plasmada su firma y la casilla correspondiente al mes se encuentra enmendada; y además en el tipo de trámite aparece como si se tratara de una vinculación inicial y no un traslado de régimen.

Que según formulario de afiliación expedido por la AFP Colfondos S.A. el 15 de agosto de 2000 lo suscribió, que el 14 de febrero de 2002 suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. y el 9 de septiembre de 2009 se afilió con la AFP Skandia S.A.

Afirmó que su empleador le informó que para el año en que se produjo el traslado de régimen pensional ya no se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales y le aseguró que dicha afiliación no le acarrearía ninguna consecuencia.

Indicó que en ningún momento se le informó sobre los efectos jurídicos que tendría su decisión para su futuro pensional, ni se le informó acerca de las desventajas de su traslado de régimen.



Adujo que las AFP accionadas al momento de efectuar su afiliación o de manera previa faltaron a su obligación legal de informar sobre los efectos jurídicos que acarrearía su decisión, que no le suministraron información comparativa de los regímenes pensionales existentes y nunca detallaron en términos comprensibles y sencillos la información necesaria que debía ser transmitida al momento de la afiliación o previa a ella.

Señaló que de acuerdo con la proyección efectuada por la AFP Skandia, no tendría derecho al reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual a los 57 años, que a los 58 años sería de \$950.000,00, a los 59 años de \$1'053.000,00, a los 60 años de \$1'183.000,00 y que en Colpensiones a los 57 años sería de \$1'793.000,00; sin embargo al realizar la proyección correcta de su pensión en el régimen de prima media el monto de la misma a las 57 años sería de \$3'277.586,00.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías no se opuso a las pretensiones de la demanda, sin embargo, precisó que el traslado de la demandante provino de otra administradora del régimen de ahorro individual, que se efectuó de forma libre y voluntaria, y que la asesoría brindada fue verbal. No propuso excepciones de mérito.

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones adujo que el traslado de la demandante se produjo de manera libre y voluntaria en ejercicio de su derecho a la libre escogencia de régimen. Propuso las excepciones de mérito de: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, inobservancia del principio



constitucional de responsabilidad financiera del sistema, cobro de lo no debido, prescripción, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones al considerar que cumplió con el deber de información que le era oponible al momento en que se dio el traslado de régimen pensional, y que no se aportó elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. se pronunció en oposición a las pretensiones, adujo al efecto que la afiliación de la demandante goza de plena validez ante la ley y no presenta algún vicio del consentimiento, agregó que la demandante venía de estar afiliada con otra AFP y que tal razón ya tenía un conocimiento del funcionamiento del RAIS y que la asesoría en su caso particular de la demandante se tornaba en una reafirmación de los argumentos que ya conocía.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual realizada el 28 de junio de 1999 y que para todos los efectos ésta siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, y condenó, a la AFP Skandia S.A. a devolver a Colpensiones las sumas que percibió por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguro debidamente indexadas por el tiempo en que la demandante permaneció afiliada, condenó a las AFP Porvenir y Colfondos a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de gastos de administración

y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a ellas, y ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de la demandante.

devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos y los costos cobrados por concepto de gastos de administración; a la AFP Protección S.A. los gastos cobrados por concepto de gastos de; y a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Porvenir y actualizar la historia laboral de la demandante.

Inconformes con la determinación las apoderadas de Colpensiones, la AFP Porvenir S.A. y AFP Skandia S.A. interpusieron recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, en tanto se aparta del criterio de interpretación realizado por el servidor judicial de primer grado.

Solicita al efecto se tenga en cuenta que la accionante guardó silencio por más de 20 años respecto de la afiliación que realizó el 28 de junio de 1999 ante la AFP Horizonte S.A., lo que a su juicio permite establecer un abandono respecto de su futuro pensional.

Asevera que de acuerdo con el interrogatorio de parte el traslado de régimen pensional de la demandante se efectuó de manera libre y voluntaria y nunca se sintió coaccionada para efectuarlo; y de acuerdo con el material probatorio aportado, no puede establecerse la falta de asesoría a que hace alusión el *aquo*.



Agrega que la demandante efectuó múltiples traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual, lo que a su juicio permite denotar su voluntad de permanecer en el mismo; y que en todo caso faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera, tal como lo prevé el Decreto 2241 de 2010 en su artículo 4º, motivo por el que a su juicio las responsabilidades no recaen exclusivamente sobre las demandadas.

Afirma que la Corte Constitucional en reitera jurisprudencia, en lo que refiere al cumplimiento del principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ha precisado que el periodo de carencia planteado por el Legislador se previó con el objeto de evitar la descapitalización que se le provocaría al régimen de prima media e incluso violaría las garantías de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para adquirir un beneficio pensional.

Sostiene que incluso la Corte Suprema de Justicia hizo referencia a la necesidad probatoria de establecer un vicio, fuerza o dolo al momento de trasladar a un afiliado, de incluso analizar cada caso en particular; y que en el presente asunto no se estuvo frente a una afiliada lego en tanto se puso establecer que la demandante era profesional y por tal razón no carecía la capacidad de ilustrarse y asesorarse de mejor manera.

Finalmente aduce que la demandante no contaba con ninguna expectativa legítima de pensión para el momento en que se efectuó el traslado del régimen de prima media, pues para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba tan solo con 28 años y aun no se había afiliado al régimen general de pensiones, y por tanto con el traslado no se le afectaba ninguna prerrogativa próxima a obtener.



La apoderada de Porvenir S.A. recurrió la condena relativa a devolución de los dineros correspondientes a gastos de administración y sumas de seguros previsionales en el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a su representada.

Aduce al efecto que tales sumas tienen una destinación específica por medio del mandato legal, que de esa forma lo impone, y que en el asunto cumplieron su cometido y ya no se encuentran en poder de su representada en tanto se destinaron a cubrir los gastos que implicó la correcta administración de los recursos aportados.

Que por tal razón no tiene sentido y no se ajusta a las normas que regulan las restituciones mutuas que en caso de que se declare la ineficacia se le deba devolver o restituir un bien, que para el caso sería las sumas depositadas en la cuenta, igualmente deba devolver las sumas empeladas para incrementar ese bien.

Añade que bajo ese mismo parámetro tampoco es procedente la devolución que su representada pagó por concepto de seguros previsionales en la medida que no están en su poder sino de la compañía que contrató para dicho momento para la cobertura de las sumas adicionales, necesaria para financiar las prestaciones durante el tiempo de vinculación de la demandante, máxime cuando dichas sumas no cumplirían ningún objetivo en el régimen de prima media.

Por su parte la apoderada de la AFP Skandia S.A. en similar sentido, se opuso a la condena relativa a la devolución de los descuentos correspondientes a los gastos de administración.



Sostiene al efecto con tal propósito que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece que tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen ahorro individual del ingreso base de cotización se destina un 3% para financiar unos gastos de administración, una prima de reaseguro de Fogafin y unas primas de seguros de invalidez y sobrevivientes.

Aduce que en el mismo sentido el Decreto 692 de 1994 en su artículo 36, establece la distribución de las cotizaciones, conforme al cual las distintas administradoras deben llevar una cuenta separada de las reservas para la pensión de vejez y una para los gastos de administración; y que correlativamente se crearon una serie de obligaciones para las AFP que deben cumplir como lo son la administración de la cuenta de ahorro individual de los afiliados, garantizar una rentabilidad mínima, entre otras.

Afirma que si bien las pretensiones de la demanda giraron en torno a la ineficacia de la obligación al régimen de ahorro individual y que la Corte Suprema de Justicia la consecuencia es el regreso automático de las cosas al estado inicial; también lo es que le corresponde al juez realizar un estudio de ponderación objetiva en cuanto a las restituciones mutuas la confianza legítima y la buena fe.

Señala en este último sentido que su representada ha actuado de buena fe en todo la relación sostenida con la demandante y que ha administrado en forma correcta su cuenta de ahorro individual; que la comisión de administración se destina a retribuir todas las actividades que deben desarrollar las instituciones pensionales que conforman el sistema general de pensiones, que la misma no es del afiliado y tampoco se destina al financiamiento de la pensión de vejez, sino que se previó en uno y otro régimen a favor de las administradoras de fondos de pensiones, y que por



esa razón ordenar la devolución de dichas sumas genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

Aduce que ordenar la devolución de los gastos de administración constituye una violación al principio de buena fe, confianza legítima y debido proceso, en tanto se le esta ordenando judicialmente devolver unas sumas que ya tiene un titular definido legalmente y cuando su representada cumplió con generar una rentabilidad acorde con unas directrices legales que emite la Superintendencia Financiera

De otra parte indica que no es procedente la indexación de los referidos gastos de administración, pues a su juicio resulta incompatible con la rentabilidad mínima por la que de acuerdo con el artículo 101 de la Ley 100 de 1993 deben responder los fondo de pensiones, pues los recursos de la demandante no se ven afectados por el fenómeno de la inflación y por el contrario han generado rendimientos.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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



CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

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

Pese a lo anterior es del caso resaltar que en el asunto el formulario mediante el que se efectuó el traslado de la demandante a la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A., ni siquiera fue suscrito por ésta, quien al absolver interrogatorio de parte señaló que se enteró del traslado al revisar los descuentos de nómina, pero que al preguntar a su empleador le indicaron que era lo mismo que en el Instituto de los Seguros Sociales; circunstancia con mediana claridad que para el momento en que se produjo el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad no solo no se le dieron a conocer las condiciones de acceso a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida, sino que ni siquiera medió la voluntad de la demandante.

Ahora, a pesar de que la demandante se trasladó posteriormente a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, aun en gracia de discusión, no es posible establecer dentro del material probatorio decretado y practicada dentro del proceso, que en esta oportunidad dicha administradora hubiere cumplido con el deber de brindarle una información clara, completa, comprensible y



suficiente para que pudiera tomar una decisión consciente acerca de su futuro pensional.

En este mismo sentido, se considera oportuno recordar que la jurisprudencia laboral enseña que las administradoras de fondos de pensiones no sólo deben ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que se insiste no fueron acreditadas en el asunto por la pasiva.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación, de manera que no resulta de recibo el argumento que en tal sentido elevó la apoderada de la AFP Porvenir.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación efectuada a la AFP Horizonte, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a partir del 1º de agosto de 1999, y como consecuencia de ello las afiliaciones que se realizaron con posterioridad, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de



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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al*



momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social” lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados a pesar de que se ordene la devolución de los gastos de administración, criterio que ha sido reiterado entre otras en sentencia SL4360 de 2019.

De manera que como a la fecha la demandante se encuentra afiliada a Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, las AFP Colfondos y Porvenir S.A. se encuentran obligadas a devolver las sumas que recibieron por concepto de gastos de administración; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, tal como lo determinó el servidor judicial de primer grado.

Ahora bien, contrario a lo que aduce la apoderada de la AFP Skandia, la condena al pago indexado de los gastos de administración y las comisiones de seguro, no resulta incompatible con la devolución de la rentabilidad mínima; en la medida que al no hacer parte de los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, sí se ven afectados por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

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

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

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR lo demás la decisión de primer grado.

TERCERO.- COSTAS. Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Salvo Verificación