



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105031202000041-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 01 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ ÁNGELA ARDILA CASTRO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS**.

ANTECEDENTES

LUZ ÁNGELA ARDILA CASTRO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, se declare la ineficacia de su afiliación y traslado al RAIS, efectuado a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.; en consecuencia de ello se le ordene a esa AFP, a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes junto con sus requerimientos, más las sumas dinerarias correspondientes a los gastos de administración que cobró desde mayo de 1996 y hasta cuando se haga efectivo su retorno al RPM; que, se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación, aceptar y recibir los valores trasladados; que, se le reconozcan los derechos ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 1 de abril de 1963; que, el 1 de septiembre de 1995 se afilió al RPM, hasta el 1 de mayo de 1996 cuando se trasladó al RAIS, suscribiendo formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS; sin que, en aquella oportunidad se le brindará información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen, por lo que su decisión no fue informada, autónoma y consciente respecto al riesgo que implicaba para su futuro pensional dicho traslado y la pérdida de los beneficios que a que le reportaría más adelante; indica que, como consumidor financiero, la AFP demandada, nunca le informó de manera clara y oportuna las condiciones del nuevo modelo, tampoco las ventajas de su traslado, ni que el reconocimiento y pago de la pensión dependía de los aportes efectuados y sus rendimientos financieros; menos aún, tuvo la oportunidad de verificar la idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimientos del promotor o asesor que la vinculó al RAIS, no recibió una explicación en la que se compararan las características de uno y otro régimen pensional, no se elaboró una proyección del monto pensional a recibir, ni se le advirtió de la posibilidad de ejercer el retracto de su afiliación, no se le ilustró sobre las modalidades pensionales al interior del RAIS.

Refiere, además, que, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, omitió informarle la posibilidad de retornar al RPM, a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003; que, a la fecha de presentación de la demanda realizada aportes a pensión sobre un salario de \$6.104.195; que, le solicitó a COLPENSIONES, declarar la nulidad de su traslado de régimen pensional, petición que se resolvió de forma negativa por esa Administradora (fls. 4-11).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas **COLPENSIONES**, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, buena fe y la innominada o genérica (fls.41-60 y CD fl. 66).

Por su parte, **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, se allanó a las pretensiones de la demanda y solicitó absolverse de la condena en costas y agencias en derecho (CD fl. 66).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, teniéndola como válidamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes que recibió de la demandante, junto con sus rendimientos e intereses, sin que sea posible descontar suma alguna de dinero correspondiente a gastos de administración, seguros, entre otros; condenó a COLPENSIONES a recibir a la actora, como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, no cumplió con su deber de información, pues, no probó que suministro a la demandante, al momento del traslado de régimen una información clara, completa, comprensible, que le permitiera entender las consecuencias de dicho traslado de régimen; y es que, del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se pudo establecer que, al momento de ingresar a su nuevo trabajo ella recibió el formulario de afiliación a la AFP demandada, sin tener ninguna otra opción si no suscribirlo para que fuera contratada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicita que se confirme el fallo porque los fondos no acreditaron que le hubieren brindado la información completa, veraz, eficaz, cierta a la afiliada al momento de su traslado, además, que quien tenía el deber de probar que brindo dicha información no lo hizo generando así el vicio en el consentimiento por hacerla incurrir en error de ahí que deba ser condenada en costa la parte recurrente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia de la afiliación de la actora, al RAIS, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

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

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

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

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

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

beneficiarios.

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó reporte de semanas cotizadas por la demandante en COLPENSIONES (fl. 15); detalle de días cotizados en COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS (fls. 16-18); certificación de afiliación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS (fl. 19); reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES, con su respectiva respuesta negativa (fls. 20-26); solicitud elevada a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTIAS y su respuesta (fls. 28-35); formulario solicitud de vinculación a COLFONDOS suscrita el 30 de abril de 1996 (fl. 36) expediente administrativo de la demandante en COLPENSIONES (CD fl. 63); consulta SIAF (CD fl. 66).

Igualmente, dentro del curso del proceso, el demandante, absolvió interrogatorio de parte, donde informó que, en 1996 cuando iba a ingresar

a laborar a la empresa COLSEGUROS, lee informaron que debía diligenciar el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, para su ingreso otra vez; que, el diligenciamiento de dicho formulario fue un requisito para ingresar a laborar a esa compañía; que, recibió algunos extractos de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, pero como nunca recibió información tampoco los entendía; y que, su principal motivación para retornar al RPM, es que, acercándose la edad para acceder a la pensión de vejez, se acercó a la AFP, a preguntar y adelantar los trámites correspondientes para su reconocimiento, vio que le correspondería una pensión muy baja respecto a la que recibiría si estuviera afiliada al RPM.

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

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

que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 30 de abril de 1996, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Sin costas en esta Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2020, por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUZ ÁNGELA ARDILA CASTRO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE**

PENSIONES - COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

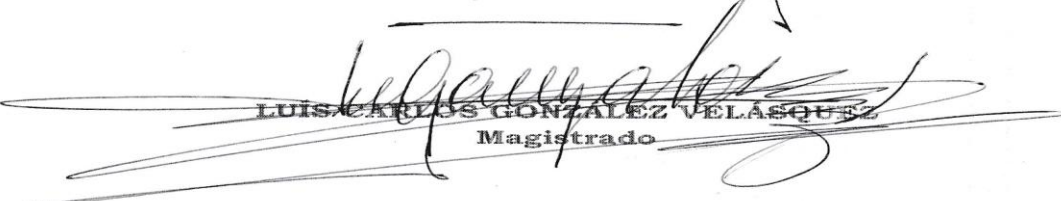
SEGUNDO: sin **COSTAS** en esta Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105022201900045-01

En Bogotá D.C., hoy tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 24 de julio de 2020 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA NUBIA LEAL DE CASTRO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

MARÍA JULIA LEAL DE CASTRO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. para que, se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, y, en consecuencia, se declare como válidamente afiliada al RPM, ordenando a la AFP PORVENIR S.A., trasladar con destino a COLPENSIONES los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos, correspondientes al período transcurrido entre la fecha de afiliación y cuando se cumpla efectivamente con su retorno; que, se ordene a COLPENSIONES, recibir los

aportes que le sean trasladados; que, se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 21 de noviembre de 1954, y, comenzó a laborar en el año 1989; que, las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, eran efectuadas por su empleador, al ISS, hasta el 10 de diciembre de 2003, cuando un funcionario de la AFP demandada, fue a su oficina y le manifestó que el Seguro Social se iba a acabar por lo que afiliarse a la AFP PORVENIR S.A., era lo más favorable para ella; indica que para la fecha de su traslado al RAIS, tenía 49 años de edad; que, la reunión tardó 10 minutos y no recibió información adicional; que, posteriormente, solicitó a la AFP PORVENIR S.A., un cálculo del valor de la mesada pensional manifestándole que a los 63 años de edad le correspondería una mesada de \$1.473.800, la cual no sí corresponde con sus ingresos mensuales sobre los cuales ha venido cotizando por un valor aproximado de \$7.304.875 mensuales.

Refiere que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado petición que fue negada por dichas Administradoras.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, y la innominada o genérica (fls. 65-91 y 150-166).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fls. 107-114).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de julio de 2020, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS; condenando a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES,

los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quién está obligada a recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor; declaró no probadas las excepciones propuestas y condena en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, argumentando que, en este caso en particular, se encuentra demostrado a través del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, que, esa Administradora cumplió con el deber de información, pues, la actora, manifestó tener conocimiento de la Ley 100 de 1993, del bono pensional, es una persona que no es lega, pues, por su profesión tiene conocimientos de economía, realizaba y sabía que era una cuenta de aportes voluntarios; que, la falta de cuidado e intereses de la actora, en su ahorro pensional, no se le puede imputar a la AFP, pues como consumidora financiera, también tenía la obligación de informarse sobre las condiciones del sistema; que, nadie con madurez psicológica, y, en este caso profesional, que no se sienta satisfecha con la información que se le está dando, realiza un negocio jurídico y se expone a las obligaciones y deberes que ello explica; que, permitir la ineficacia del traslado como si nada hubiese pasado contribuye a la descapitalización del sistema y atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Advierte que, los gastos de administración, ya fueron causados, por la debida gestión de la AFP, son autorizados por la ley, y trasladarlos, ocasionaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de COLPENSIONES y de la demandante, quien dispuesta permanecer por más de 20 años en el RAIS, pretende regresar al RPM, para que éste le financie su pensión; ahora que, si lo que se pretende es que todo regrese a su estado anterior, debe procederse a realizar las restituciones mutuas en favor de la Administradora.

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, señala que, la demandante sólo tiene cotizadas 1269 semanas, es decir, que no cumple con los requisitos del RPM, para acceder a la pensión de vejez, de ahí que, ordenar la ineficacia de su traslado al RAIS, cercenaría su derecho pensional, circunstancia que no fue analizada por el a-quo, mientras que en el RAIS, si tiene un capital suficiente para pensionarse en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993; que, hay una indebida interpretación del artículo 1604 del C.C., porque este atañe a la responsabilidad del deudor; que, la en la decisión de la Juez de Primera Instancia, no hizo un análisis probatorio de las condiciones particulares de

la demandante, ni de la afectación que sufriría COLPENSIONES, al recibir una afiliada cuyo capital trasladado será insuficiente para su financiar su pensión afectando los recursos destinados para las pensiones de quienes se han permanecido en dicho régimen.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicito confirmar el fallo proferido en razón a que la información entregada por los fondos pensionales debe ser objetiva, comparada y transparente en este caso no lo fue además de ello el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente por consiguiente no es necesario tener el derecho causado para obtener el beneficio transicional. Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A; iii) si procede o no la orden dada a la AFP PORVENIR S.A, respecto a la devolución de gastos administración; y, iv) si resulta aplicable al caso la teoría de las restituciones mutuas a favor de la AFP PORVENIR S.A.

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

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó certificación de afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 12); certificación traslado al RAIS, expedida por COLPENSIONES (fl. 13); historia laboral consolidada en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 14-20 y 132-136); historia laboral válida para bono pensional (fls. 21-22 y 139-142); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 23-24); simulación del valor de la mesada pensional efectuada por COLPENSIONES (fls. 25-26 y 137-138); solicitudes presentadas por la actora, ante las demandadas, para que se realizara la nulidad de su traslado al RAIS, con su respectiva respuesta negativa (fls. 29-46 y 143-146); expediente administrativo de la actora en COLPENSIONES (CD fl. 96); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la actora (fls. 115-131); formulario de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias Porvenir (fl. 142 reverso y 174).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, para el año 2003, ella trabajaba con la Cooperación Internacional Alemana – GTZ, la sede de estaba en el Norte de la ciudad, pero su puesto de trabajo estaba ubicado en el Departamento Nacional de Planeación, entonces un asesor de la AFP PORVENIR, habló con la jefe de personal de GTZ, luego llegó a su sitio de trabajo en el DNP, y muy rápidamente le explicó que esa administradora era un fondo de pensiones, que era ventajoso, que tenía muy buenas garantías, y que por su hoja le convenia más la AFP PORVENIR S.A., porque ya estaba con mucha edad y tenía pocas semanas cotizadas; recuerda que, muy rápidamente, tal vez porque tenía o salido por su trabajo de asesora en campo, hablaron muy poco del tema, ella confió, porque venia con el aval de su lugar de trabajo y porque le habló muy bien del Fondo y el argumento de las pocas semanas cotizadas en el RPM la convenció; solamente supo que haría un ahorro individual, y que eso iba a crecer, porque tenía que ver con inversiones e iba a generar rentabilidad; que, lo único que pregunto, fue sobre el regimen de transición, ya que, cumplía con los requisitos y le dijeron que no pasaba nada, que la transición no le servía, por tener muy pocas semanas cotizadas; que sabia del régimen de transición y la Ley 100 de 1993, no en profundidad, sino generalidades, porque había estado vinculada a una Institución de Salud; que, le dijeron que lo que tenia en el Seguro Social se lo iban a pasar a un bono y que ese era el capital que le iba a crecer mucho; no hubo una comparación previa al traslado, de las condiciones pensionales de uno y otro régimen; que, para el año 2018, cuando se iba a terminar un proyecto donde estaba trabajando, comenzó a revisar el tema de su pensión, antes no, porque sabía que no había cotizado mucho, y ahí se dio cuenta que no era tan beneficioso el RAIS, como decían, pero no había comparado nada con el RPM, el proyecto laboral se extendió un año más y para el 2019, pidió una simulación del valor de su mesada pensional en COLPENSIONES y en la AFP PORVENIR S.A. y observó el desfase de lo que le correspondería en cada Administradora.

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

especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Aclarando igualmente la Sala, que, el conocimiento que de forma general manifestó tener la demandante, acerca de las características del RAIS y de la Ley 100 de 1993, en temas de salud, no constituye una confesión en su contra, ni es plena prueba suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., ya que, como quedó demostrado, dicha Administradora, no se le brindó a la actora, una asesoría, donde teniendo en cuenta sus condiciones particulares edad, semanas cotizadas, núcleo familiar, entre otras, se le explicara la conveniencia o no de efectuar el traslado del régimen pensional.

Ahora, respecto a la inconformidad del apoderado de COLPENSIONES, en cuanto a que la Juez de Primer Grado, invocó en sus consideraciones el artículo 1604 del CC, que para él, se limita a la responsabilidad del deudor al momento de adquirir una obligación, debe advertir la Sala, que, en una interpretación amplia de la norma, y no taxativa de la misma, dicha disposición también contempla la obligación que incumbe a quienes celebran un negocio jurídico, de probar la diligencia y cuidado, en la realización del mismo, y que recae en la parte fuerte del contrato, en este caso AFP PORVENIR S.A., quien estaba en la obligación de presentar la evidencia real respecto a que la asesoría brindada a la actora, para que ésta adoptara una decisión completamente libre, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 10 de diciembre de 2006, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la Primera Instancia.

Finalmente, respecto a la teoría de las restituciones mutuas, que considera el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., se debe aplicar en el presente caso dejando a Administradora, los rendimientos y gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a esa demandada, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Los anteriores argumentos, resultan suficientes para confirmar la sentencia de Primera Instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de julio de 2020, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARÍA NUBIA LEAL DE CASTRO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, Fíjense como agencias en derecho la suma de

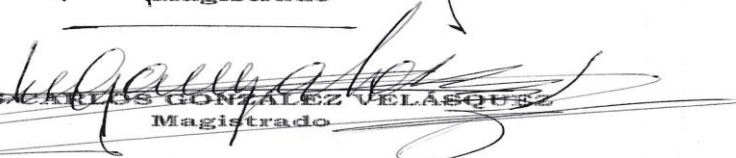
\$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CARDENAS
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105029201700079-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 10 de diciembre de 2020 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LILA CRISTINA SILGADO GARCÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A;** no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de Colpensiones a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes y como apoderada sustituta a la doctora María Camila Bedoya García, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 267 a 269

ANTECEDENTES

LILA CRISTINA SILGADO GARCÍA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, previa declaración de la nulidad de su afiliación al RAIS, por existir engaño y asalto en su buena

fe, se condene a COLPENSIONES a registrar su afiliación como si nunca se hubiese trasladado, en virtud del regreso automático; también, para que se condene a las demandadas, a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización de su traslado, sobre la no devolución de los aportes a pensión, a partir del 12 de mayo de 1994 y hasta la fecha en que se verifique dicha devolución de aportes pensionales; que, se condene al pago de las sumas adeudadas actualizadas, de conformidad con la certificación expedida por el DANE; que, se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, efectuó cotizaciones al RPM desde el 3 de febrero de 1989 y hasta el 31 de mayo de 1994, cuando asesores comerciales de la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, la motivaron a trasladarse de régimen pensional ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener en el RPM, o una mesada superior, en mucho tiempo inferior, la devolución de su dinero si quería pensionarse antes, y que, el Seguro Social se iba a acabar, por lo tanto era riesgoso seguir afiliada a dicho Instituto; sufriendo así, no solo un engaño y asalto en su buena fe por falta de información, sino porque en ningún momento se le indicó que con su traslado perdería los beneficios del RPM, cómo acceder a una pensión acorde a su nivel de vida; sin embargo, incumplió dicha Administradora, con el deber de ofrecerle información veraz, oportuna y suficiente respecto al cambio de régimen, así como los beneficios y consecuencias del mismo.

Refiere que, sumadas las semanas cotizadas en uno y otro régimen pensional, tiene 1.672 semanas; que, la AFP PORVENIR S.A., le efectuó una simulación pensional determinando que a los 57 años de edad el valor de su mesa equivaldría a \$791.700 mientras que, en el RPM, sería de \$4.425.759 o \$3.282.731 dependiendo de la tasa de reemplazo en el primer caso sería del 72.70% y en el segundo de 73.72%; evidenciándose que, en el RPM, su derecho pensional sería ostensiblemente superior; que, agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, sin que la fecha de presentación de la demanda haya tenido respuesta alguna (fls.66-78).*****

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de

legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica (fls. 88-91).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fls. 97-107).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de diciembre de 2020, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, a la AFP PORVENIR S.A., entendiendo, para todos los efectos legales, que nunca se trasladó al RAIS, y por lo mismo, siempre permaneció en el RPM; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto de cotizaciones y rendimientos, para lo cual le concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia; igualmente, le ordenó a COLPENSIONES, a recibir de la AFP PORVENIR S.A., todos los valores y actualizar la historia laboral; sin imponer condena en costas.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, a la demandante, al momento de su traslado al RAIS, los asesores de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy AFP PORVENIR S.A, le suministraron una información incompleta y negativa, que, influyó en su decisión para cambiarse de régimen pensional; siendo que, no se trata de una simple consumidora financiera, sino de la beneficiaria de un derecho constitucional, como es el derecho a la Seguridad Social, estando las Administradoras de Pensiones, en la obligación de brindarle toda la información y garantías para que al final de su vida, pueda gozar de los beneficios del derecho pensional, en la forma que mejor les convenga (fls.247-249).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, para que se revoque la misma, teniendo en cuenta que, el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión, más no su monto; además que, el deber de información está sometido a las normas vigentes al momento de la afiliación y no pueden aplicarse normas subsiguientes, en virtud del principio de la retroactividad; sin que en el presente caso, al momento del traslado de la demandante al RAIS, se pudiera elaborar una proyección del valor de la mesada pensional, ya que, no cumplía ni con el requisito mínimo de

semanas en el RPM, Nikon el capital suficiente en el RAIS; pide tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera en el RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita la confirmación del fallo, por cuanto en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta. Entre tanto, COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. Habiéndose verificado los requisitos previstos en la ley.

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si fue acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, al declarar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo.

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

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

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

cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 7 y 92); liquidación historia laboral Oficina de Bonos Pensiones (fls. 8-9 y 119-121); historia laboral consolidada de la demandante en la AFP PORVENIR S.A., (fls.10-29 y 112-118); solicitud de vinculación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, suscrita el 12 de mayo de 1994 (fl. 45 y 108); simulación del valor de la mesada pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 46-49); simulación valor pensión en el RPM (fls. 51-59); consulta SIAF (fls. 109-111); extracto fondo de pensiones voluntarias Porvenir (fls. 122-124); y, certificado de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 125).

Igualmente, se portaron las declaraciones Extra proceso de José Gustavo Ustariz Daza, Carlos Hernando Cervantes Ruíz y Simona del Rosario Vergara, quienes indicaron que fueron compañeros de trabajo de la demandante, en el Banco Ganadero; que, en el mes de año 1994 recibieron en las instalaciones del Banco a diferentes asesores comerciales de fondos de pensiones, quienes les ofrecieron promesas maravillosas acerca de los beneficios de trasladarse de régimen pensional cómo pensionarse antes de tiempo sin interferir con el monto de la mesada pensional la devolución del dinero si no se querían pensionar antes de la edad exigida, que, el ISS, se iba a quebrar generando incertidumbre y temor respecto al capital que ya estaba ahorrado, pues, era riesgoso seguir en él; advierten que las asesorías en su gran mayoría se prestaban de forma conjunta, los asesores no tenían

una formación profesional en economía finanzas ni menos aún conocimientos legales del sistema pensional; por lo que guía dos por esos asesores tomaron una decisión incorrecta de trasladarse al régimen privado. Declaraciones estas, que fueron ratificadas en el proceso mediante despacho comisorio, que adelantó el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Montería (fls. 31-34 y 155-239).

También se presentó declaración extra proceso rendida por la demandante, Quien manifestó que a comienzos del año 1994 los asesores comerciales de la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A., se acercaron a las instalaciones del Banco Ganadero, donde ella trabajaba, y realizaron diferentes charlas acerca de los beneficios que generaría para ella el traslado al fondo privado de pensiones, como pensionarse anticipadamente, la devolución del dinero si no se quería pensionar, que, el RPM estaba quebrado lo que le generó incertidumbre y temor respecto a su capital ya que podría perderlo; argucias que con el paso del tiempo pudo concluir que se trataron de un engaño, La condujo a tomar una mala decisión, afectando profundamente su vida y la de su familia, pues en caso de acceder a una pensión en el RAIS, lo haría con unos ingresos inferiores en comparación a los que siempre ha recibido como salario (fl-34).

De otra parte, Al absorber interrogatorio de parte el representante legal de la AFP PORVENIR S.A., indicó que los asesores se encontraban debidamente capacitados, brindando a todos los afiliados una información verbal al momento de su traslado, sin que, adicional al formulario de vinculación exista otra documentación que acredite la información brindada; señala que, si el afiliado hubiese solicitado alguna proyección o certificación escrita los asesores se la hubieran dado, lo que no ocurrió en el presente caso, aclarando que para 1994, fecha de traslado de la demandante, al RAIS, era imposible elaborar la proyección de su mesada pensional, pues, la actora, no tenía más de 10 años de cotizaciones; refiere que, los asesores estaban en la obligación de informarle la posibilidad que tenía de realizar aportes voluntario; que recientemente se elaboró una proyección de la mesada pensional para la demandante, en retiro programado, que corresponde a verificar de lo ahorrado cuánto le alcanza para el valor de dicha mesada, sin que se haya efectuado un comparativo con la renta vitalicia, porque la actora, no cumple con el requisito para retornar al RPM.

Así pues, de las pruebas antes reseñadas puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la actora, de una forma expedita, aun cuando estaba HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A., obligada a demostrar dentro del proceso, que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora, fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LILA CRISTINA SILGADO GARCÍA, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba

para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora, a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A., el 12 de mayo de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la

calidad del objeto.

Resultan suficientes así las consideraciones efectuadas para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 10 de diciembre de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, proferida dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia promovido por **LILA CRISTINA SILGADO GARCÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036201900092-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. , en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 11 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **OMAR RICARDO VERA TORRES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

OMAR RICARDO VERA TORRES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, previa declaración de nulidad de su traslado al RAIS, por la omisión de esa Administradora al deber de informar de manera eficiente, eficaz, oportuna, integral, rigurosa, transparente, adecuada, diligente, prudente y completa, se ordene, de manera principal, que PORVENIR S.A., entregue o restituya a COLPENSIONES, todos los valores obtenidos en virtud de su vinculación a

esa Administradora, como cotizaciones, junto con los rendimientos causados; y que, COLPENSIONES, lo tenga como afiliado, reciba los aportes y rendimientos de la Administradora privada de pensiones y los contabilice para efectos de su mesada pensional.

De manera subsidiaria pretende, que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos de su traslado al RAIS, al no poder predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informando al momento de la vinculación a la AFP PORVENIR S.A. Igualmente, que condene a las demandadas, a lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que estuvo afiliado y cotizando al Instituto de Seguro Social desde el 28 de agosto de 1984 y hasta el primero de noviembre de 1995, cuando se trasladó a la Administradora Privada de pensiones PORVENIR S.A., oportunidad en la que no fue enterada de las implicaciones que dicho cambio le traerían para el reconocimiento de sus derechos pensionales, como la pérdida del régimen de transición, ni se le indicaron las diferencias entre uno y otro régimen pensional; menos aún se fueron informadas las ventajas, desventajas o inconvenientes de su traslado, haciendo un análisis de su situación particular, su historia laboral, edad, tiempo de cotizaciones y realidad económica; advierte que, PORVENIR S.A., nunca le informó, al momento de su traslado, cuánto capital debía acumular en su cuenta de ahorro individual para adquirir el derecho a la pensión de vejez, ni en qué monto le sería reconocida.

Refiere que la AFP demandada, omitió explicarle la distribución los aportes mensuales, ya que, no todo estaban destinado a su cuenta de ahorro individual, sino que, también debía cancelar primas de seguros, la asesoría, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir gastos de administración; que, jamás se le indicó al momento de su traslado, si tendría o no derecho a un bono pensional por el tiempo cotizado en el RPM, entre otros muchos aspectos más, respecto de los cuales no recibió la respectiva asesoría eficiente, eficaz, oportuna, rigurosa, transparente, adecuada, diligente, prudente y completa; que, reclamó ante COLPENSIONES, la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, petición que le fue negada mediante respuesta al 26 de noviembre del 2018, por lo que, a la fecha de presentación de la demanda, aun se encontraba vinculado y cotizando a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 4-71 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 125-147 PDF).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls. 195-220 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., condenando a esa Sociedad, a trasladar a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que les sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, dentro del proceso no quedó demostrado cuál fue la información que se le dio al demandante, al momento de su traslado al RAIS, se trató de asesorías verbales, totalmente desinformada, donde no se cumplieron las exigencias legales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, solicitó revocar en su totalidad la sentencia objeto de alza, teniendo en cuenta que si bien en sendos precedentes jurisprudenciales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha declarado la ineficacia del traslado de los actores, lo cierto esa Corporación, también ha advertido que cada caso debe ser estudiado de forma particular, por lo que, pide que en Segunda Instancia, se valoren las circunstancias particulares del demandante, quien, de acuerdo al número de cotizaciones efectuadas para el momento de su traslado al RAIS, no tenía ni una mera expectativa, ni una expectativa legítima para adquirir el derecho pensional, razón por la cual, se encuentra válidamente afiliado al RAIS, donde, suscribió el formulario de afiliación de manera libre, lo que corroboró al momento de absolver

interrogatorio de parte, donde manifestó que había elegido libremente dicho régimen, porque le ofrecieron ventajas que no tenía en el RPM y que recibió asesoría por parte de la AFP, con lo que logró demostrarse el cumplimiento del Deber de información; además, que, por el nivel académico del demandante, éste debía tener cierto nivel para conocer sus deberes como consumidor financiero y las consecuencias del negocio jurídico que estaba suscribiendo; sin que pueda ser COLPENSIONES, como tercero totalmente ajeno a dicho negocio jurídico, quien responda y asuma tales perjuicios, ya que, aun cuando la AFP PORVENIR S.A., regrese todos los aportes de la cuenta de ahorro individual, más gastos de representación, se vería afectado el principio de sostenibilidad financiera del Sistema, ante la obligación que tiene COLPENSIONES, de efectuar las provisiones legales, para el reconocimiento de pensiones futuras.

Por su parte, la **AFP PORVENIR**, manifestó que, no resulta procedente la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, pues, en el presente caso, no se demostró que esa Administradora, haya actuado con dolo o con la intención de causar daño al demandante, al suscribir su afiliación a esa Administradora; que, como lo señaló el actor en el interrogatorio de parte absuelto, su traslado sí estuvo precedido de una información y asesoría. Advierte que, la Juez de Primera Instancia, no tuvo en cuenta en su decisión, lo manifestó por el actor, respecto a que fue su empleador, quien lo persuadió para realizar el traslado. Por lo que, mal puede extenderse responsable a esa AFP, por la imposición que hiciera el empleador del demandante, respecto a su cambio de régimen pensional.

Señala igualmente que, el demandante, ratificó su intención de permanecer en el RAIS durante más de 24 años, no fue presionado para trasladarse a dicho régimen y mal puede, desconocerse, como lo hizo la a-quo, el formulario de afiliación, como prueba de su voluntad libre y espontánea de traslado, ya que, dicho documento es la materialización respecto a la información y asesoría brindada oportunamente; que, esa Administradora, cumplió con el deber de información, de acuerdo con las normas vigentes al momento del traslado del demandante; y que, por otro lado, respecto a los gastos de representación, cuya devolución se ordenó, los dineros que representan dicho concepto, no deben pasar a COLPENSIONES, pues, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 113 literal b) de la Ley 100 de 1993, sólo retornan los aportes y sus rendimientos, comoquiera que, los gastos de administración, no garantizan la sostenibilidad del Sistema, sino en enriquecimiento sin causa, generando beneficios a la Administradora del RPM, respecto de periodos que no fueron administrados por ella, además, considera esa demandada, que los gastos no corresponden al afiliado, ni son parte integral de la pensión razón que justifica su no devolución.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicita que se confirme porque el fondo de pensiones omitió el deber legal de información, además no demostró que la vinculación se realizó de manera libre y voluntaria. Entre tanto, COLPENSIONES pidió la revocación del fallo puesto que se demuestra que la afiliación fue de manera voluntaria, consiente y sin presiones puesto que, si se brindó la asesoría por parte del fondo, adicionalmente requiere que se tenga en cuenta el principio de sostenibilidad financiera. Por último, PORVENIR S.A. pretende que se revoque el fallo en relación a que no se acredite la existencia de algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iv) si el nivel profesional que ostenta el demandante, es sea argumento suficientemente valido, para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información; y, v) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar

información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en

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

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

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

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

Al respecto, milita en el plenario la reclamación presentada por el demandante, el 26 de noviembre de 2018, ante COLPENSIONES, para tener como ilegal, nulo, inválido o ineficaz, su traslado al RAIS (fls. 88-90 PDF), petición negada por esa Administradora, mediante comunicación de la misma fecha (fls. 92-94 PDF); certificación expedida por COLPENSIONES, acerca de la novedad de traslado del actor, al RAIS, el 15 de septiembre de 1995 (fl. 95 PDF); certificación de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fl.96 PDF); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, por un total de

287,43 semanas cotizadas (fls.97-100 PDF); Historia Laboral consolidada del demandante, en la AFP PORVENIR S.A., donde reporta 1.437 semanas cotizadas (fls. 102-107 PDF); formulario solicitud de afiliación y traslado a PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA, suscrito el 15 de septiembre de 1995 (fl. 225 PDF); formulario de afiliación a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, del 10 de marzo de 2004 (fl. 224 PDF); solicitud de vinculación o traslado a PORVENIR S.A., del 27 de agosto de 2007 (fl. 223 PDF); formulario de vinculación o traslado, nuevamente, a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías del año 2011 (fl. 222PDF).

Igualmente, dentro del curso del proceso, el demandante, absolvió interrogatorio de parte, manifestando que, a su lugar de trabajo, llegó un asesor de PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA, y, en una asesoría grupal, de aproximadamente 15 a 20 trabajadores, con una duración de 45 minutos a 1 hora, les informó que el Instituto de Seguros Sociales, estaba entrando en crisis, que el futuro pensional de los afiliados al ISS, no era el mejor, y que las Administradoras de Fondos privadas, eran una nueva opción, con un mayor rendimiento del dinero, donde al final de su vida laboral podía tener la posibilidad de retirar parte del dinero ahorrado una vez se pensionara; indicó que nadie lo presionó para trasladarse de régimen pensional, que, como la charla que le dieron estaba avalada por su empleador y COLPATRIA era una Compañía seria y con credibilidad, confió en lo que le indicaron, y no consideró necesario corroborar dicha información, ni hacer preguntas; indicó que es profesional en química; que estando en el RAIS, hizo varios cambios de Administradora de fondos de pensiones, porque la Oficina de Recursos Humanos y sus compañeros, siempre comentaban, en donde era mejor tener el capital para obtener mayores rendimientos; que, en alguna oportunidad hizo aportes voluntarios, pero se enteró que no podía retirarlos sino luego de 5 años y dejó de hacerlos; que, para finales de 2016 y comienzos de 2017, los compañeros que se habían trasladado con él al RAIS, empezaron a pensionarse y comentaron que no era cierto nada de lo que inicialmente les habían ofrecido, por lo que, se acercó a una oficina de Horizonte hoy PORVENIR S.A., preguntó por su pensión y corroboró que sería muy inferior, que no se podían hacer retiros todas o parciales del dinero y que para ese momento ya no se podía cambiar de régimen pensional.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por las recurrentes, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PORVENIR S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor OMAR RICARDO VERA TORRES, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba

para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA hoy AFP PORVENIR S.A., el 15 de septiembre de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información

de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la Primera Instancia, sin que los posteriores cambios de Administradora, a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, el 10 de marzo de 2004 y PORVENIR S.A, el 27 de agosto de 2007, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

De otra parte, tampoco resulta valido el argumento expuesto por las demandadas respecto al nivel profesional que ostenta el demandante, la correspondiente responsabilidad de comportarse como un verdadero consumidor financiero, pues, tales aspectos, no tienen la capacidad suficiente para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, máxime cuando la ley es general, impersonal y abstracta.

Finalmente, dado que la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de septiembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **OMAR RICARDO VERA TORRES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

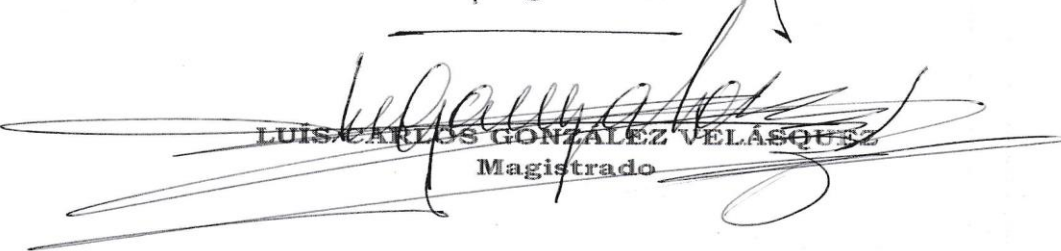
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008201900107-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 24 de junio de 2020, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **BALVINA ALARCON GUEVARA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. María Camila Bedoya García y como apoderada sustituta a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 167 vto a 170. De igual maneras se reconoce personería a la Dra. Angelica María Cure Muñoz como apoderada de PORVENIR S.A., conforme la documental obrante de folios 175-182.

ANTECEDENTES

BALVINA ALARCON GUEVARA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-

COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, efectuado a través de la AFP PORVENIR S.A., el 2 de agosto de 1996, y, como consecuencia de ello, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, ordenando a COLPENSIONES, tenerla como su afiliada, como si nunca se hubiese trasladado en virtud del regreso automático; que, se condene lo ultra y extra petita, y se reconozcan las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 1 de enero de 1962, y cotizó al RPM, a través de la Caja Departamental de Boyacá entre el 3 de junio de 1985 y el 2 de agosto de 1996, fecha última en la que se trasladó al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A., sin que el asesor comercial le brindará información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en uno y otro régimen pensional; advierte que, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que únicamente se le ilustró sobre los beneficios que podría obtener con su traslado al RAIS.

Refiere que, la AFP PORVENIR S.A., le realizó una simulación pensional, bajo la modalidad de retiro programado cotizando el 100% del tiempo hasta los 67 años de edad arrojando una mesada pensional equivalente a la suma de \$781.242, y si dejaba de cotizar no tendría derecho a recibir mesada pensional, mientras que en el RPM obtendría una mesada de \$2.161.431, ostensiblemente superior a la del RAIS; que, presentó reclamación administrativa ante compensaciones solicitando la nulidad de su traslado petición que fue negada por dicha entidad (fls. 2-8).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genética (fls. 61-69).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 70-84).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de junio de 2020, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante; condenando a COLPENSIONES admitir el traslado del RPM, condenó a la AFP PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses, junto con los rendimientos que se hubieren causado; adicionalmente, condenó a COLPENSIONES, a aceptar todos los valores devueltos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, argumentó que, no es congruente ni le brinda seguridad jurídica, al Estado, ni a sus participantes, cuando se está obligando a las AFP, a demostrar documentalmente la información que le era brindada a los trabajadores, pues, para la fecha de traslado de la demandante, no existía ninguna norma que los obligara a documentar la información brindada a los usuarios, al momento de su afiliación; que, respecto a los gastos de administración deben respetarse las restituciones mutuas, de la relación reglamentaria, ya que, desde la afiliación de la demandante, hasta la fecha, siempre ha tenido cobertura respecto a las pólizas y se le han generado rendimientos; que, en el proceso quedó demostrado que esa Administradora, sí le brindó información a la actora, resultando lógico y común que con el paso del tiempo y luego de más de 20 años, ésta no recuerde algunos de los detalles de la información que se le brindó, lo que no resulta suficiente para desvirtuar el hecho de que sí se le brindó información y se cumplió con dicho deber legal, por lo tanto, debe aplicarse el principio de buena fe; además, si pretendía pensionarse a los 45 años de edad era su deber haber adelantado las gestiones correspondientes; sin embargo, no lo hizo lo que demuestra su desinterés en el tema pensional,

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, indicó que, no compartía el análisis efectuado por el a-quo, respecto a los medios probatorios, teniendo en cuenta que, para el momento de traslado de la demandante, no se documentaba la asesoría porque no era un deber ni una exigencia legal; que, debe entenderse que, si el afiliado suscribió el formulario de afiliación, además de ser la única exigencia para que se diera validez al traslado, éste también estuvo de acuerdo con la información que

se le brindó por parte del asesor del fondo, pues, de lo contrario hubiese optado por no suscribirlo y no aceptar la vinculación; tampoco, puede considerarse como argumento valido para declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, que el valor de la mesada pensional no sea el esperado por la actora, en comparación con el que podría recibir en el RPM, ya que, dicha situación no es atribuible a las Administradoras Privadas de pensiones, ni a COLPENSIONES, sino que tiene que ver con el funcionamiento administrativo y financiero de cada uno de los regímenes pensionales; además, no se demostró que el traslado de régimen pensional haya causado algún perjuicio a la actora, más allá de la frustración por el valor de su mesada pensional, que según su dicho, no estaría ajustada a su tiempo de trabajo, ni salario.

Pide igualmente que se tenga en cuenta los actos de relacionamiento, ya que la actora, se vio beneficiada durante el tiempo que estuvo afiliada al RAIS, con los rendimientos y la cobertura de los distintos riesgos de vejez, invalidez y muerte, por lo que, no sería justo que, habiendo superado la edad para pensionarse en el RPM, se traslada a ese regimen, solo para recibir una mesada pensional superior

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en la confirmación de la sentencia toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna soportando la AFP la carga probatoria en tal sentido. Entre tanto COLPENSIONES solicitó la revocatoria por no configurarse los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad teniendo en cuenta que la afiliada sí fue debidamente informada. Últimamente, PORVENIR S.A también petitionó la revocatoria del fallo en su integridad dado que no se configuran los presupuestos de ineficacia del traslado de régimen, al realizarse una apreciación errónea del deber de información, sobre todo cuando la demandante firmó el formulario de afiliación, siendo improcedente la devolución de los gastos de administración.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de

Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; iii) si aplica la teoría de los actos de relacionamiento, en los asuntos de ineficacia del traslado; y, iv) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de Prima Media con Prestación Definida y el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto, al plenario se allegó formulario de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., suscrito el 2 de agosto de 1996 (fl. 10 y 88); reclamación administrativa presentada en COLPENSIONES, con su respectiva respuesta negativa (fls. 11-13); certificado de información laboral para bono pensional (fl. 15); historia laboral consolidada de la actora, en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 16-20 y 93-99); simulación pensional el ahora por la AFP demandada (fl. 27-28); consulta SIAF (fls. 85-87 y 100-102); comunicaciones dirigidas por la AFP PORVENIR S.A., a la demandante relacionadas con el trámite de su bono pensional (fls. 89-92); formulario de actualización de datos iniciado por la demandante el 22 de mayo de 2012 (fl.103) certificación de afiliación de la actora, a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 104) relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual junto con la relación de aportes efectuados a la AFP PORVENIR S.A (fls.105-139); liquidación de la historia laboral por la Oficina de Bonos Pensionales (fls. 140-144).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, el representante legal de la AFP PORVENIR S.A., quien señaló que, documentalmente en los archivos de esa Administradora, sólo reposa el formulario de afiliación, qué para la época de traslado de régimen pensional efectuado por la actora, era el único requisito que el ordenamiento jurídico exigía; sin embargo, asegura que al momento de la afiliación también se le hizo entrega del Reglamento del Fondo de Pensiones, como lo indica la norma, sin que haya una prueba documental de ello; que, esa AFP, cuenta con múltiples canales de información para que sus afiliados pidan la asesoría que requieran sin que se acredite que la demandante, haya hecho uso de los mismos, con posterioridad a la afiliación inicial; que, los asesores de esa Administradora, reciben capacitación en temas relacionados con el Sistema General de Seguridad Social y asuntos propios del RAIS.

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

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 02 de agosto de 1996, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que la teoría de los actos de relacionamiento, expuesta por el apoderado de COLPENSIONES, se aplica en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen pensional, dado que los actos ejecutados por el afiliado o la AFP, durante el tiempo que la persona se encuentra vinculada al RAIS, no denotan que al momento de su traslado inicial, se le haya

brindado la información debida y suficiente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos.

Finalmente, dado que el apoderada de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes las consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de junio de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **BALVINA ALARCON GUEVARA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE**

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVERNIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

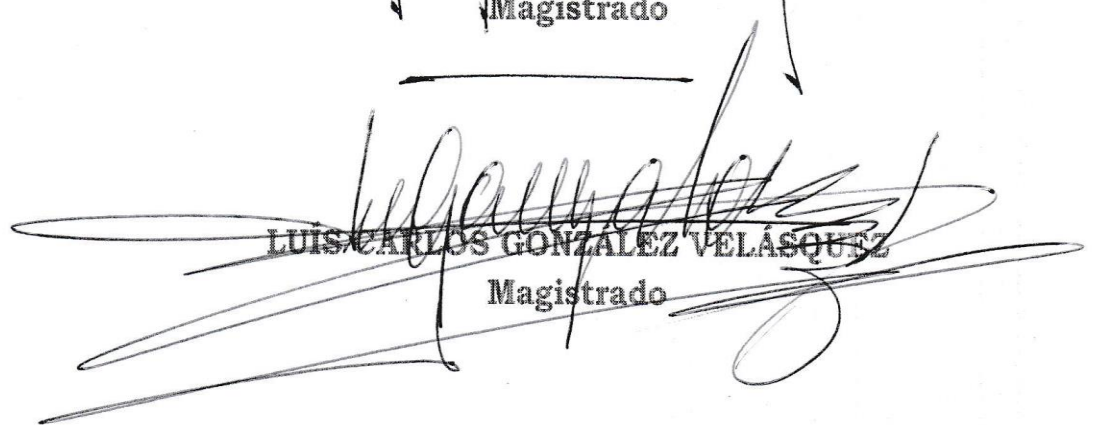
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030301900171-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. , en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JORGE ORLANDO CORTES ARIAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. María Juliana Mejía Giraldo y como apoderado sustituto al Dr. Winderson José Moncada Ramírez en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 283 y 288-291. De igual manera se reconoce personería a la Dra. Angelica María Cure Muñoz conforme la documental de folios 296 a 303.

ANTECEDENTES

JORGE ORLANDO CORTES ARIAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. para que, se declare la anulación por ineficacia de su afiliación y traslado al RAIS, ante la omisión de la AFP PORVENIR S.A., del deber profesional de información; en consecuencia, se ordene el traslado y afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen; debiendo la AFP PORVENIR S.A., hacer la devolución a COLPENSIONES, de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, como lo dispone el artículo 1746 del CC, junto con gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir, esa Administradora privada, con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión; además que, en caso de haberle otorgado la pensión, siga pagando la misma, hasta tanto sean trasladados los recursos a COLPENSIONES, para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionado; igualmente, que se declare y condene lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso y por cualquier decisión desfavorable de excepciones previas, incidentes o nulidades, en caso de ser propuestas por las demandadas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a partir del 21 de junio de 1976, pero, como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por las Administradoras de Fondos Privados de Pensiones, se trasladó al RAIS, mediante afiliación efectuada el 8 de junio de 1995 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., limitándose esa demandada, al momento de la afiliación y traslado a llenar un formulario preestablecido, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas y beneficios con obtendría en dicho régimen, en contraste con las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPM y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión de cambio de régimen.

Refiere que, la AFP PORVENIR S.A., al momento de su traslado, no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería su pensión en cada régimen, tampoco le informó qué tabla de mortalidad de rentistas se estaba utilizando por esa Administradora, para realizar la proyección de la pensión y que de variar la misma, el valor de la mesada pensional iba a cambiar; no le indicó hasta qué edad debía cotizar y con qué salarios, para alcanzar una pensión de vejez, por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES, ni le indicó que capital ahorrado se exigía para tener una pensión de salario mínimo; menos aún se le advirtió que dependiendo del número de integrantes de su núcleo familiar, en el RAIS, el monto de su pensión, sería menor a la concedida en el RPM, por liquidarse teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios; nada se le aclaró respecto al derecho a retractarse de la afiliación, faltando a la verdad en sus argumentos, para convencer a los trabajadores a trasladarse de régimen pensional.

Manifiesta que, solicitó a la AFP PORVENIR S.A., la anulación de su traslado al RAIS; petición que igualmente hizo a COLPENSIONES, dándole, ambas entidades, una respuesta negativa; aclara que, de haber continuado afiliado al RPM, la mesada pensional que le correspondería, por vejez, sería de \$2.602.436, mientras que, en el RAIS, su valor sería de \$1.002.303, generándose una diferencia por la que dejaría de percibir \$1.600.133 (fls. 178-211).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominado o genérica (fls. 232-239).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fls. 249-257).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de junio de 2020, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A.; declarando igualmente válido su vinculación al RPM, administrado por COLPENSIONES; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS, esto es, a partir del 1 de julio de 1995, y hasta cuando se haga efectivo el traslado; aclaró que los costos cobrados por concepto de administración deberían ser devueltos del patrimonio de la AFP PORVENIR S.A., debidamente indexados.

Adicionalmente, ordenó a COLPENSIONES, ingresar los valores devueltos por la AFP PORVENIR S.A., actualizando la historia laboral para identificar su derecho pensional bajo las normas del RPM; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas condenando en costas a la AFP PORVENIR S.A.

Para llegar a esa decisión, consideró el Juez de Primera Instancia, que, en el presente caso se encontraba acreditado el dolo como vicio del consentimiento, pues, las administradoras de pensiones, no manejaron ese negocio con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poco cuidado, suelen emplear en sus negocios propios, ya que, la AFP PORVENIR S.A., no demostró dentro del plenario haber cumplido con el deber de información, así hubiese sido de carácter verbal, pero que haya sido una información clara, precisa, coherente, y que, no solamente haya sido de las ventajas o beneficios del RAIS, sino también los beneficios y ventajas que se tenían en el RPM, quedando muchas dudas acerca de la forma en que se realizó el traslado, sin que el formulario de afiliación, sea prueba suficiente para acreditar que al momento su traslado al RAIS, se cumplió con la normatividad establecida para la época del traslado, como tampoco acreditó la AFP PORVENIR S.A., haber informado al actor, a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, la posibilidad de retornar al RPM dentro del año de gracia concedido para el efecto.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, para que se revoque la totalidad de las condenas impuestas, argumentando, en primer lugar ,que las consecuencias de la declaratoria de nulidad e ineficacia son diferentes ya que, para que opere alguna de las causales de nulidad es necesario probar alguna de las causales que se encuentran establecidas en el artículo 1741 del C.C., lo que no se evidencia en el plenario, pues, contrario a lo manifestado por el a-quo, no existió un actuar doloso por parte de la AFP, ya que para la época en que el actor, se trasladó del régimen pensional no había una norma que diera una directriz respecto al tipo de consentimiento que debía dar el afiliado, para perfeccionar dicho acto jurídico; tampoco procede la ineficacia, como un acto jurídico diferente, debido a que no existe prueba que permita constatar que se violó el derecho a la libre selección de régimen; refiere que esa Administradora, sí cumplió con el deber de informarle al demandante, que podía retornar al RPM al entrar en vigencia de la Ley 797 de 2003, mediante publicación efectuada en un periódico de amplia circulación nacional.

Indicó que, el cobro de gastos de administración no es un capricho de la AFP, sino que, dichos descuentos se encuentran legalmente autorizados, y tienen como función retribuir la gestión que cumple de buena fe y de manera profesional administrando los aportes pensionales de sus afiliados, lo que se refleja en los rendimientos financieros que se generaron en la cuenta de ahorro individual del demandante durante el tiempo que éste permaneció vinculado con PORVENIR S.A.; además que, tales valores también se encuentran representados en la prima del seguro previsional, dineros que ya se han consumido.

Finalmente señala que, al no existir una nulidad ni ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, ni proceder la devolución de los gastos de administración, tampoco resulta pertinente la condena en costas impuesta por el juez de Primer Grado, por lo que pide que la misma sea igualmente revocada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la modificación o la revocatoria del fallo apelado en el entendido que no participó en el traslado, siendo injusta la condena de tener que recibir nuevamente a la afiliada, por lo que ante una indebida información por la AFP sería ésta la que debería reconocer la pensión, so pena de producirse un hueco financiero en el sistema, además que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de retornar al RPM al faltarle menos de 10 años para cumplir la edad. Entre tanto, PORVENIR S.A también peticionó la revocatoria del fallo en su integridad dado que no se configuran los presupuestos de ineficacia del traslado de régimen, al realizarse una apreciación errónea del deber de información, sobre todo cuando la demandante firmó el formulario de afiliación, siendo improcedente la devolución de los gastos de administración.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuestos por la demandada AFP PORVENIR , la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; iii) si procede la orden de devolución de gastos administración; y, iv) si fue acertada la imposición de costas procesales a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A.

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar

información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

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

Al respecto, al plenario se allegó, reporte de semanas cotizadas por el demandante en COLPENSIONES (fls.13-15); formulario solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., suscrito en 8 de junio de 1995 (fl.19 y 267); historia laboral consolidada del demandante en la AFP PORVENIR

S.A. (fls. 20-26); liquidación historia laboral Oficina de Bonos Pensionales (fls. 27-28, 34-35 y 268-270); reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES, con su respuesta negativa (fls.29-31); solicitud de nulidad del traslado presentada ante la AFP PORVENIR S.A., y la respuesta correspondiente a la misma (fls. 32-33); expediente administrativo del actor en COLPENSIONES (CD fl. 245); certificación de afiliación del demandante a la AFP PORVENIR S.A., (fl. 258); relación de aportes (fls. 259-264); consulta SIAF (fls. 265-266).

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

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

potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, para la Sala, no existió dolo, como lo señaló el a-quo, sino un error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 8 de junio de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

De otra parte, dado que el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto).

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que fincó su inconformidad la AFP PORVENIR S.A., no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue

adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en esta decisión.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de junio de 2020, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JORGE ORLANDO CORTÉS ARIAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, pero, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

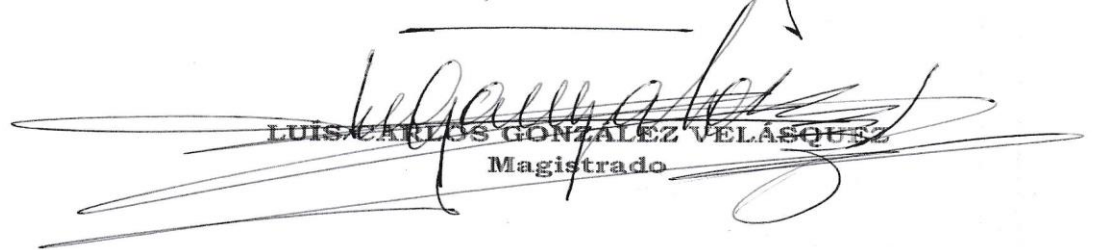
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105019201900193-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 09 de octubre de 2020 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GEORGINA OLGA PÉREZ PÉREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

GEORGINA OLGA PÉREZ PÉREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS; y, como consecuencia, se ordene el traslado de todos sus aportes al RPM; que, se reconozca lo ultra y extra petita y se condene a las demandadas, al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 10 de abril de 1962; que, cotizó al RPM entre el 15 de diciembre de 1982 y el 3 de febrero de 1999, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A.; decisión que no fue informada, autónoma y consciente, pues, al momento de su traslado, no se le brindó información completa, integral y veraz sobre las consecuencias de su decisión y la forma en que ésta impactaría en su mesada pensional.

Refiere que, el 26 de septiembre de 2018, solicitó a la AFP PORVENIR S.A., copia de su formulario de afiliación e información de las variables que se tienen en cuenta para la liquidación de su mesada pensional y, una proyección del valor de la misma tanto en el RPM, como en el RAIS; que, mediante respuesta del 4 de octubre de 2018, esa Administradora, le entregó la copia del formulario y le indicó que el valor de su mesada pensional, en el RAIS, a los 57 años de edad, sería de \$781.242, mientras que en el RPM, le correspondería la suma de \$2.600.300; que, radicó, ante las demandadas, solicitud de nulidad de traslado, las cuales fueron resueltas desfavorablemente (fls. 4-10).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica (fls. 49-57).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls. 78-98).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 09 de octubre de 2020, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS; en consecuencia, declaró a la actora válidamente vinculada al RPM, administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiere trasladado, y por lo mismo, siempre permaneció en dicho régimen; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como son cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración; sin costas en la Instancia.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, la demandante, no recibió información a fondo, acerca de las ventajas y desventajas del traslado de regimen pensional, ni cuales eran las modalidades y requisitos para obtener su pensión en el ahorro individual, y que, de haber conocido a plenitud, le hubiesen impedido tomar dicha decisión; obligación que desde su creación tenían las Administradoras de pensiones, en relación con garantizar la entrega de información suficiente y transparente, que les permita a los afiliados elegir entre las distintas opciones del mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses; siendo escaso el material de prueba aportado por las

demandadas, para controvertir los hechos de la demanda, lo que condujo a su decisión de declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, indicó que, el caso de la demandante, no encaja en los mismos supuestos fácticos de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debiendo analizar el caso en particular, para determinar si realmente se le causó un perjuicio a la actora, respecto a su traslado de régimen pensional, lo que, no quedó demostrado en este asunto, como se advierte de las semanas cotizadas y la edad que ésta tenía al momento de su traslado, de donde se desprende que estaba en la libertad de hacer dicho cambio; que, la demandante, suscribió un formulario de afiliación, aceptando las condiciones propias del nuevo régimen pensional, sin que, el monto de la mesada pensional, que no resultó de su agrado, sea argumento y razón suficiente para conllevar a la declaración de ineficacia de dicho acto jurídico; que, no puede endilgársele a esa AFP un incumplimiento en el deber de información, por no haber efectuado, al momento de la afiliación, una liquidación o simulación del valor de la mesada pensional, ya que, este deber sólo surgió en el año 2014; que, la condena respecto a la devolución de los gastos de administración, es desproporcionada, teniendo en cuenta que, con dichos valores se cubrió el pago de las primas de invalidez y sobrevivencia, las cuales se causaron durante el tiempo que la actora, permaneció afiliada a esa Administradora, desconociendo la naturaleza que, tanto el Legislador, como la misma Corte Constitucional, le dio a estos cobros, de ahí que, en caso de operar la ineficacia del traslado, lo pertinente es proceder a efectuar las restituciones mutuas, sólo correspondiéndole devolver los aportes efectuados, pues, de lo contrario, se estaría ante un enriquecimiento sin justa causa para la demandante.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, argumentó que, para la época del traslado de régimen pensional de la demandante, el único requisito necesario era la manifestación de la voluntad del afiliado de manera libre y espontánea, a través de la firma del formulario, sin que fuera necesaria una doble asesoría por parte de las AFP, por lo que, el estudio del caso debe hacerse a la luz de la normatividad vigente para el momento del traslado sin exigirle a las administradoras privadas de pensiones pruebas los soportes de la información brindada a la demandante, al momento de su traslado; que, el estudio acerca de la ineficacia del traslado del régimen pensional a la luz de normas inexistentes afecta no solo a los fondos privados sino también a COLPENSIONES, quien no hizo parte de dicho negocio jurídico, sin embargo, debe asumir las consecuencias del mismo; que, el límite impuesto por la Ley, para realizar los traslados de régimen pensional, antes de cumplir 10 años para adquirir el derecho pensional, no es un capricho del Legislador, sino que, tiene su razón del ser, en la protección de los recursos del Sistema General de

Pensiones, en aras de evitar un desequilibrio financiero del mismo. Adicionalmente, pide que, en caso de confirmar la decisión de Primer Grado, se adicione, en cuanto la obligación de hacer, esto es, recibirla, activarla como afiliada y actualizar su historia laboral, sólo se podrá hacer efectiva una vez cumplidas las obligaciones impuestas a la AFP, relacionadas con el reintegro de los aportes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicito que se confirme la sentencia de primera instancia ya que no se prueba la debida asesoría ni se le informa cuales son las condiciones de acceso a las prestaciones, las ventajas y desventajas de cada régimen y si bien se suscribió el formulario de afiliación, la sola firma no es suficiente para acreditar un consentimiento informado. Entre tanto COLPENSIONES peticiono que se confirmara la decisión del fallo ya que al declarar la ineficacia de traslado del régimen del demandante se fundamentó en la falta del deber de información, además para la fecha de suscripción no existía la ley 1748 de 2014, este asunto ha permanecido en el RAIS por más de 24 años por lo que COLPENSIONES resulta lesionada con la decisión. Finalmente, PORVENIR S.A. insiste en que se revoque el fallo al no acreditarse algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado para que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; y, iii) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que

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

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

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

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

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

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

Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora, contrario a lo expuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso, quien aseguró que para la fecha de traslado de la regimen pensional de la demandante, no existía normatividad que les impusiera a las AFP, la obligación de suminístrale suficiente, amplia y oportuna información a los afiliados, respecto a las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no***

resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó, petición elevada a la AFP PORVENIR S.A., solicitando información acerca del valor de la mesada pensional de la demandante, en el RAIS, y su correspondiente respuesta (fls. 12-14); historia laboral consolidada de la actora, en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 15-26); simulación valor de la mesada pensional RAIS (fls. 27-30); formulario de solicitud vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir, diligenciado el 27 de abril de 1999 (fl. 31 y 99); reclamaciones de nulidad de traslado prestadas por la actora ante las demandadas con su respectiva respuesta negativa (fls. 32-37 y 102-207); expediente administrativo de la demandante en COLPENSIONES (CD fl. 58); consulta SIAF (fl.100); certificación de afiliación de la actora a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 101).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, indicando que, desde el 15 de diciembre de 1982 al 3 de febrero de 1999, cotizó con el Seguro Social, aproximadamente 692 semanas, el 27 de abril de 1999, se afilió a la AFP PORVENIR S.A., permaneciendo allí hasta la actualidad; que para esa época estaba laborando en la dependencia de Adunas de Bogotá, cuando una asesora de esa Administradora, subió a su oficina y realizó la afiliación; en ese momento, corría el rumor que el Seguro Social se iba a acabar, entonces llegaron asesores de todas las AFP, pero a ella la visitó, en su puesto de trabajo, una promotora de PORVENIR S.A., estuvo como 15 o 20 minutos,

porque la actora, debía cumplir funciones por fuera de la oficina; que, la asesora le explicó que esa Administradora, era una de las mejores, que a futuro, se iba a pensionar con una gran mesada, entonces con el rumor del cierre del ISS y esas recomendaciones, la asesora diligenció el formulario con su puño y letra y ella se limitó a firmarlo; que, durante la charla que sostuvo con la asesora, la cual fue muy corta, no hubo una explicación del RAIS, no se le efectuó una liquidación, ni proyección a futuro del valor de su mesada pensional, ni la di referencia entre PORVENIR y el Seguro Social, tampoco le habló de los aportes voluntarios; que, su inconformidad actual es que la AFO PORVENIR S.A., sólo le ofrece una pensión mínima; que, sólo los 2 primeros años después de su afiliación recibió extractos.

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

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

características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a AFP PORVENIR S.A., el 27 de abril de 1999, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Por otro lado, ha de señalar igualmente esta Sala, que, al declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, la decisión de Primera Instancia, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Ahora, dado que el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, en relación con lo manifestado por el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso, acerca de la adición de la sentencia de Primera Instancia, basta indicar que a la luz de establecido en el artículo 287 del CGP, no advierte Sala, que, en la decisión objeto de alzada, se haya omitido resolver sobre *“cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier*

otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”; claro es que, para que COLPENSIONES puede proceder a actualizar la historia laboral de la afiliada, adelantar los trámites correspondientes ante los eventuales responsables de concurrir al financiamiento del derecho pensional, además de determinar el ordenamiento jurídico que regularía la eventual prestación, es necesario al traslado efectivo de los dineros que debe realizar la AFP PORVENIR S.A., razón por la cual, no procede la adición solicita.

Los anteriores argumentos, resultar suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de octubre de 2020, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **GEORGINA OLGA PÉREZ PÉREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

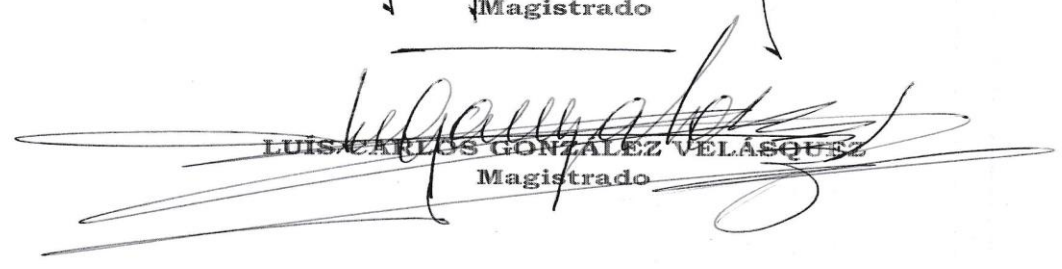
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105038201900210-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA PAULINA ORTIZ OBANDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada sustituta de la administradora colombiana de pensiones – COLPENSIONES- a la doctora Mayra Alejandra Bohada Rojas, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 16 al 19.

ANTECEDENTES

MARÍA PAULINA ORTIZ OBANDO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, previa declaración de nulidad de su traslado al RAIS; se condene a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las cotizaciones efectuadas, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y todo lo recibido por su vinculación; ordenando a COLPENSIONES, registrar y activar su afiliación,

actualizar su historia laboral; reconocer lo ultra y extra petita y las costas del proceso. Por su parte, COLPENSIONES solicito que se confirme la sentencia en cuanto a que se logró demostrar que si se estaba inmersa en la prohibición legal de la ley 797 de 2003 además que no se evidenciaron irregularidades al momento del traslado. Por último, PORVENIR S.A. pretende que se revoque el fallo en relación a que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 3 de mayo de 1969; que, cotizó al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, un total de 187,14 semanas; que, suscribió dos formularios para trasladarse al RAIS, administrado por COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., uno el 10 de marzo de 1999 y otro el 4 de junio de 1999, sin que al momento de la afiliación le informaran las implicaciones financieras de su traslado, ni la naturaleza propia del régimen de capitalización, menos aún las ventajas y desventajas de su cambio; tampoco se le realizó un comparativo del valor de su pensión en uno y otro régimen pensional; que, la AFP nunca le sugirió que se quedara en el RPM, pese a que conocía el número de semanas que tenía cotizadas en ese régimen.

Indica que, durante su permanencia en el RAIS, no ha recibido asesoría completa y comprensible por parte de la AFP PORVENIR S.A., por lo que, decidió contratar una asesoría particular, donde pudo concluir que COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., le había generado un conocimiento falso de la realidad; en consecuencia, el 25 de febrero de 2019, solicitó a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A., anular su afiliación al RAIS, petición que fue resuelta desfavorablemente (fls. 2-27).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada

una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica (fls. 98-114 PDF).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante, formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fls. 136-150).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas, de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que, de las obras obrantes en el expediente, así como de las recaudadas en el curso del proceso, hay indicios claros respecto a que la demandante, para la toma de la decisión de trasladarse de régimen pensional, recibió información suficiente y tuvo el tiempo necesario para interiorizar y tomar una decisión al respecto; adicionalmente, si la demandante, diligenció dos formularios, con intervalos de marzo a junio del mismo año, evidentemente el Fondo, entendió que la actora, tenía el ánimo de permanecer al RAIS y no podía rechazar su afiliación, amen que no se encontraba dentro de las excepciones del artículo 61 de la Ley 100 de 1993; que, además, no se probó ningún vicio del consentimiento, pues, no se indicó que la actora haya sido forzada, obligada a constreñida para trasladarse de régimen pensional; tampoco se demostraron maniobras fraudulentas o tendenciosas de cara a perjudicar a la accionante, hacia el futuro, con miras a que no accediera al reconocimiento de la pensión de vejez, con ocasión de su afiliación al RAIS, no hay intención del daño que requiere el dolo; dijo que, la decisión de trasladarse de régimen pensional, no fue una decisión equivocada, pues, la actora, tuvo la oportunidad de corroborar que efectivamente el entonces Instituto de Seguro Social, se encontraba en crisis, además, ejerció su derecho a la libre selección y en su momento, fue una decisión acertada, pues, apenas estaba formando su derecho pensional ; y que, si hubo un error, fue de la demandante, quien no hizo un alto en el camino, antes de

los 47 años de edad, para analizar la conveniencia o no de continuar en el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación, solicitando revocar en su totalidad la sentencia impugnada y reconocer las pretensiones de la demanda, reiterando que, al momento del traslado de régimen pensional, la actora, sólo recibió una información escasa e insuficiente y no cierta, razón por la cual no hubo un consentimiento debidamente informado; sin que, la AFP PORVENIR S.A., se relevara de cumplir con dicho deber, por la sola suscripción del formulario, o porque su representante legal manifestó desconocer las circunstancias de modo tiempo y lugar en que se efectuó el traslado, cuando tenía la carga probatoria de acreditar que cumplió con el deber de información.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora insiste en la revocatoria del fallo para que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá determinar, si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra o si, por el contrario, hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de

la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**

En punto a lo argüido por la peticionaria, debe precisarse que esta presentó demanda ordinaria laboral en la cual, formuló la siguiente pretensión declarativa:

“Que se declare que en el presente caso ha existido un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito entre la Señora MARÍA CRISTINA MUÑOZ ROJAS y el Fondo de Pensiones SKANDIA, pues tanto en la etapa pre-contractual, como en el momento de la ejecución del contrato, se le ocultó información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones, específicamente el hecho de no haberle informado que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES.

Consecuente con lo anterior, pidió que declarada la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condene a la AFP SKANDIA al traslado de los aportes cotizados a COLPENSIONES.”

De esta manera **es claro que la aspiración de la parte demandante, no estaba encaminada a que una vez declarada la nulidad de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual, pudiera entenderse «beneficiaria» del régimen de transición.**

Destáquese, además, que esa situación adquiere mayor relevancia constitucional si se tiene en cuenta que mediante sentencia de 15 de agosto de 2015, aunque el juzgado accedió a declarar la pretendida nulidad, también aclaró que «la demandante no cumple los presupuestos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», aspecto frente al cual la parte interesada, esto es, María Cristina Muñoz Rojas, estuvo conforme, pues no apeló tal determinación, circunstancias bajo las cuales resulta latente el error del Tribunal, pues fundó su decisión en un precedente de esta Sala que no se ajustaba al caso sometido a su consideración, lo que significó, en últimas, que no resolviera el conflicto jurídico materia de controversia.” (Negrilla fuera de texto)

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

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

Debe de forma adicional estudiarse la carga de la prueba, es así como en sentencia SL 33083 de noviembre de 2011 que relaciono la Sala como aplicación de la línea jurisprudencial previamente indicada, la Corte Suprema de Justicia sobre la carga de la prueba expresó que le corresponde precisamente al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que estima debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba, pues se encontraba concretamente el fondo de pensiones en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, pues evidentemente cuentan con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente, para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

Al respecto, milita en el plenario reporte de semanas cotizadas por la demandante a COLPENSIONES, desde el 1 de enero de 1995 hasta el 31 de marzo de 1999 (fls. 29-34 PDF); historia laboral consolidada ante la AFP PORVENIR S.A. (fls. 35-43 y 154-162 PDF); solicitudes de afiliación y traslado al Fondo de Pensiones Colpatria, suscritas el 9 de marzo y 3 de junio de 1999 (fls. 44-45 y 169-170 PDF); certificación de afiliación de la actora, a la AFP PORVENIR S.A., desde el 1 de agosto de 1999 (fl. 46 y 153 PDF); solicitudes radicadas ante las demandadas, el 25 de febrero de 2019, para que se declarara la nulidad del traslado de régimen pensional de la señora ORTIZ OBANDO, con su respectiva respuesta negativa (fls. 47-56); simulación pensional de la demandante, elaborada por PORVENIR S.A., de donde se extrae que, a la edad de 57 años, recibiría, en el RAIS, una mesada pensional de \$1.097.300 o de \$1.433.300 a los 60 años (fls. 57-60 PDF); consulta SIAF, en la que se verifica el traslado de la COLPENSIONES a COLPATRIA, el 3 de agosto de 1999, luego un cambio de COLPATRIA a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS el 29 de septiembre de 2000, y de HORIZONTE a la AFP PORVENIR el 1 de enero de 2014, esto por fusiones las Administradoras de pensiones (fl.61 y 151 PDF).

Igualmente, se allegaron las declaraciones extraprocesales de MARÍA CECILIA MONTOYA URICOCHEA y JUAN CARLOS BERMÚDEZ LLANOS, quienes manifestaron conocer a la demandante, desde hace más de 22 años, porque fueron compañeros de trabajo en la Casa Editorial El Tiempo S.A.; afirmaron que en el mes de marzo de 1999, la AFP COLPATRIA, ofreció una asesoría en la que participaron varios trabajadores, donde les ofrecieron

trasladarse del ISS a dicha Administradora, afirmando que el Instituto de Seguro Social se acabaría pronto, que nadie les respondería por la pensión, sino se cambiaban; que, el fondo privado, les aseguraba una pensión importante al momento de su retiro, mejor que la que podría corresponderles en el RPM; además que, en caso de fallecer, sus hijos, heredarían el dinero, sin importar la edad (fls. 66-68 PDF); posteriormente, dentro del proceso, los testigos ratificaron su dicho y en el caso de la señora MARÍA CECILIA MONTOYA URICOCHEA, adicionalmente, informó que, los asesores COLPATRIA, reunieron a los trabajadores, en dos oportunidades y posteriormente, les dieron un tiempo corto, para qué se decidieran a efectuar el traslado de régimen pensional; que, hubo bastante presión por parte de los asesores de la AFP, quienes, con cálculos y proyecciones fantasiosas, buscaban atraerlos.

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante, indicó que, estaba trabajando en la sala de redacción del periódico El Tiempo, cuando asesores de COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS, hicieron una visita, pasaron por su escritorio, para que firmaran los papeles del traslado, llegaron a su cubículo le dijeron que trasladarse era la única posibilidad para tener una pensión, porque el Instituto de Seguro Social, no tenía futuro; que, era un hecho que se iba a acabar; que, esa charla sólo duró 5 minutos, mientras le dijo esa frase y firmó el documento; manifestó que, ha recibido extractos, que revisa eventualmente; que, por su profesión de periodista, conocía por que el ISS estaba pasando por una crisis, pero nada más; refirió que, no leyó el formulario de traslado; que, no tuvo mayor dialogo con el asesor; que le suministró su información personal para diligenciar su formulario, y le dio los datos de sus beneficiarios, porque le explicó que la plata iba para ellos, en caso de fallecimiento; que, no le hablaron de mesada, y que, los conocimientos que ha adquirido respecto al funcionamiento de las AFP, y especialmente en relación con el tema de aportes periódicos, los ha adquirido por los medios de comunicación y lo que lee en la prensa, porque, reitera, el asesor, al momento de su traslado, nada le dijo al respecto.

Por su parte, la representante legal de la AFP PORVENIR S.A., dijo en el interrogatorio de parte absuelto en el proceso, que, a la demandante, al momento de su traslado, se le indicaron las características del RPM, conforme a lo establecido en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993; que, para el año 1999, no era un requisito indispensable realizar el cálculo o proyecto de pensión, por lo tanto, el mismo no se le realizó a la actora; que, se le explicó la rentabilidad que podía tener, así como, que ésta variaba a través del tiempo y de la fluctuación; afirmó que, también se le indicó que las semanas del RPM iban ser traspasados al RAIS; que, no estuvo presente en la asesoría dada a la demandante, ni le constan las circunstancias en que se desarrolló la misma, pero sí que, es obligación de los asesores de esa AFP, informar sobre los gastos de administración, explicar las características y la diferencia de sus beneficiarios, y preguntarle dónde estaba afiliada y qué

valor cotizaba; que, no se le dio un valor exacto o proyección de la mesada pensional, pero si un plan de pensiones, donde se le informó en debida forma todas las características y beneficios de pertenecer a la AFP.

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

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

Tampoco, las afirmaciones acerca de la supuesta información verbal que dijo la representante legal de la AFP, le dio el asesor a la demandante, al momento de su traslado, o que la testigo MARÍA CECILIA MONTOYA URICOCHEA, haya señalado que los asesores les dieron la charla y regresaron después para firmar los formularios, resultan argumentos suficientemente válidos para exonerar a la Administradora demandada, del deber de información, ni menos aún para responsabilizar a la demandante, por confiar en la asesoría recibida y no poner en duda lo dicho en ella.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A., en marzo de 1999, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

En atención a lo expuesto, se revocará la decisión de Primera Instancia en cuanto se abstuvo de declarar la nulidad del traslado que la demandante hizo del Instituto de Seguro Social al fondo privado administrado por el régimen de ahorro individual con solidaridad, COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A el 9 de marzo de 1999, para en su lugar declararla.

Además, deberá condenarse a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, los gastos de administración y comisiones, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES quien administra el régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien a su vez deberá recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta Instancia judicial y validar la afiliación de la demandante, al régimen de Prima Media con Prestación Definida.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Sin COSTAS en esta Instancia. Se REVOCAN las de Primera Instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 10 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia, promovido por **MARÍA PAULINA ORTIZ OBANDO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante MARÍA PAULINA ORTIZ OBANDO a la COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 9 de marzo de 1999, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

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

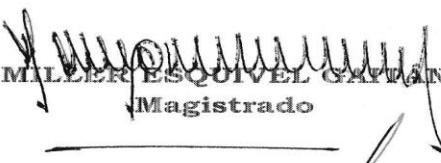
CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación de la demandante al régimen de Prima Media con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

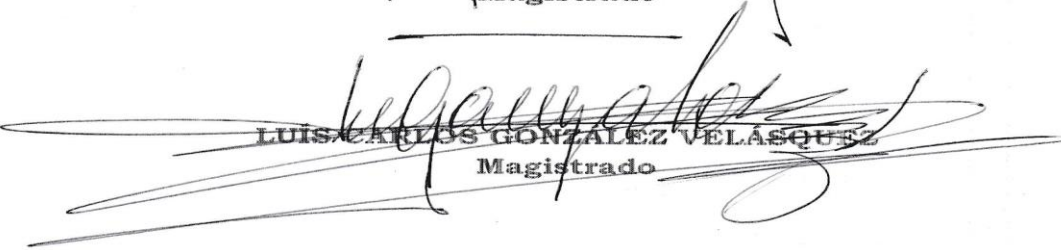
QUINTO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se **REVOCAN** las de Primera Instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CATTAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105015201900212-01

En Bogotá D.C., hoy tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 15 octubre de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **NÉSTOR FEDERICO GUTIÉRREZ PÉREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a la doctora María Camila Bedoya García y como apoderada sustituta Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 169vto al 172. De la misma manera se reconoce personería adjetiva a la Dr. Brigitte Natalia Carrasco Boshell en condición de abogada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de Godoy Córdoba Abogados S.A.S, persona jurídica que actúa en condición de apoderada general de la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

NÉSTOR FEDERICO GUTIÉRREZ PÉREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, previa declaración de ineficacia de su traslado al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., se retrotraigan las cosas a su estado anterior, ordenando a COLPENSIONES, tenerlo como su afiliado, como si nunca se hubiese trasladado, en virtud del regreso automático; que, se conceda lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 4 de octubre de 1948, por lo que, al 1 de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad; que, el 7 de febrero de 2000, se trasladó al RAIS, suscribiendo formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., sin que el asesor comercial, le brindara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; que, no se le hizo un estudio de su situación particular, pues, al momento de su traslado, le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de acceder al derecho pensional.

Refiere que, sumados los tiempos cotizados en el RPM y el RAIS, tiene un total de 965 semanas cotizadas; que, la AFP PORVENIR S.A., le realizó recientemente una simulación pensional dentro del plan de vida, bajo la modalidad de retiro programado, proyectando el valor de la mesada a los 68 años de edad, en la suma de \$1.413.300, mientras que en el RPM, la misma ascendería a \$3.213.166; que, solicitó a las accionadas, la nulidad del traslado de régimen pensional, sin obtener respuesta al respecto (fls.2-9).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y las demás que se encuentren probadas en el proceso (fls. 47-53).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso 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 (fls. 98-114).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de octubre de 2020, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz el traslado efectuado por el demandante, al RAIS; en consecuencia, ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual; que, COLPENSIONES reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, como su nunca se hubiese trasladado, especialmente, en cuanto a que el demandante, conserva el régimen de transición del cual es beneficiario; sin condena en costas para las demandadas.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, evaluados los elementos probatorios evacuados en el presente proceso, la AFP PORVENIR S.A., no cumplió con la carga de la prueba, en cuanto no logró probar que cumplió con el deber de información; siendo que la única prueba que obra es el formulario de afiliación, que efectivamente suscribió el demandante, pero que tiene unos textos preimpresos, que dan cuenta de una presunta libertad de consentimiento, lo cual no es suficiente para demostrar que la AFP, cumplió con su deber legal de brindarle al actor, información clara, suficiente y oportuna de las consecuencias de su decisión respecto al traslado de régimen pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita la confirmación del fallo, por cuanto en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta. Entre tanto, COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. Habiéndose verificado los requisitos previstos en la ley. Finalmente, PORVENIR S.A. peticiono la revocatoria

del fallo como quiera que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado del régimen pensional pues se hizo de manera libre, voluntaria y consciente tal y como se expresa en el formulario de afiliación, no existiendo una posición dominante del fondo quien cumplió con el deber del buen consejo habiendo contado múltiples oportunidades para regresar al RPM.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia de la afiliación del actor, al RAIS, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho

traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

consentimiento para adoptarla.

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

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información

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

En el presente caso, al plenario se allegó historia laboral consolidada del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 19-23 y 11-131); reporte de semanas cotizadas por el actor en COLPENSIONES (fls. 24-27); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls.36-40 y 132-135); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl.56); formulario de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., suscrito el 7 de febrero de 2000 (fl.115).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, la representante legal de la AFP PORVENIR S.A., quien indicó que, el único soporte con el que cuenta la AFP, del acto de afiliación del demandante, es el formulario de afiliación, comoquiera que la información suministrada fue verbal, y, para la época del traslado, no existía la obligación de dejar soporte escrito al respecto; que, no existen soportes que permitan asegurar que el actor, realizó aportes voluntarios a pensión.

Por su parte, el demandante, informó que, recibió la visita en su lugar de trabajo de un asesor de la AFP PORVENIR S.A., quien fue enfático en indicar que corría un riesgo de continuar en el ISS, porque iba a quebrarse; también le explicaron que llegaría a tener una mejor pensión a través de los Fondos privados, que podría pensionarse antes de la edad legal requerida; que, como gerente de la Compañía, autorizó la visita de los asesores de distintas AFP, sin embargo, él se afilió a PORVENIR S.A., porque fue la propuesta comercial más convincente; que, acercándose a la edad para adquirir el derecho pensional, se enteró que el valor de la mesada sería muy inferior en comparación con los ingresos que siempre ha recibido en su vida laboral.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PORVENIR S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor NÉSTOR FEDERICO GUTIÉRREZ PÉREZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 07 de febrero de 2000, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir

un error de hecho sobre la calidad del objeto.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

COSTAS

Sin costas en esta Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre de 2020, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **NÉSTOR FEDERICO GUTIÉRREZ PÉREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: sin **COSTAS** en esta Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

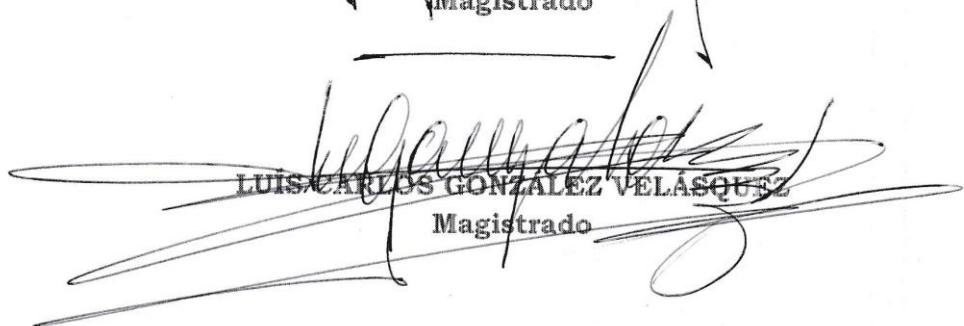
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYMÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105021201900246-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 22 de octubre de 2020 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA GARCÍA RODRÍGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A;** no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de Colpensiones a la doctora Claudia Liliana Vela y como apoderada sustituta a la doctora Astrid Jasbleyde Cajiao Acosta, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 237 a 240 ; de igual manera se procede reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de Porvenir S.A a la doctora Jennifer Lorena Molina Mesa y como apoderado sustituto al doctor Nicolas Eduardo Ramos Ramos en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 249 a 256 vto.

ANTECEDENTES

CLAUDIA GARCÍA RODRÍGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que previa declaración de nulidad del traslado efectuado al RAIS, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS; se ordene a COLPENSIONES y a la AFP PORVENIR S.A., a realizar los trámites a que haya lugar para activar su afiliación al RPM; que, se ordené a COLPENSIONES a realizar el proceso de validación del traslado de las cotizaciones; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., realizar la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, además de asumir los menores valores frente a la cotización; que se reconozca lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 19 de mayo de 1962; que, el 3 de septiembre de 1991, comenzó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales, hasta enero de 1996, cuando, con el “boom” de las nuevas Administradoras privadas de pensiones, se trasladó al RAIS, suscribiendo formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a través de un asesor que visitó su sitio de trabajo y le ofreció llenar la solicitud de vinculación, con el argumento que, su pensión sería superior en el Fondo privado, sin dar más explicaciones ni información.

Refiere que, posteriormente, se cambió a la AFP PORVENIR S.A., donde tampoco recibió mayor información respecto a las consecuencias de dicha afiliación, en ningún momento se efectuó una simulación del valor de su mesada pensional en uno y otro régimen pensional; que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, sin que se acogiera favorablemente su petición (fls. 3-12)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del Sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al regimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, errónea e indebida aplicación

del artículo 1604 del C.C., no procedencia del pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada y genérica (fls. 89-105).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso 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 (fls. 138-159).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, no propuso las excepciones allanándose a las pretensiones de la demanda (fl. 203).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de octubre de 2020, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, junto con los distintos cambios de administradora efectuados dentro del mismo; en consecuencia, determinó que la actora estaba válidamente vinculada al RPM, administrado por COLPENSIONES; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado concediendo para ello el término de un mes; igualmente, condenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los gastos de administración con cargo a sus propios recursos y lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de traslado concediéndole el término un mes para hacerlo; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante, en el RPM, y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, en el presente caso, si bien la demandante al absolver interrogatorio de parte manifestó conocer algunas de las características del RAIS, como la posibilidad de obtener rendimientos, el pago de la pensión de vejez a sus hijos en caso de que ella faltara o pensionarse con un mayor valor, de pronto de una manera anticipada, que son características propias del RAIS, no resulta suficientes para demostrar que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, al momento de su traslado de régimen pensional, cumplió con la obligación de suministrarle información clara, veraz y oportuna acerca de las implicaciones que tendría esta decisión en su futuro pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, indicó que, siempre actuó de buena fe durante la relación contractual que sostuvo con la actora, desde el año 1997, pues, su afiliación se efectuó de manera libre, voluntaria y consciente, como se advierte del formulario de afiliación, cuya firma preimpresa es la expresión de su voluntad de pertenecer al RAIS, siendo éste, el único requisito que debía cumplir para la época en que se produjo su traslado, para demostrar la libertad de elección de régimen pensional; que, el deber de información en que se sustenta la demanda, sólo comenzó a regir en 2015 y como quedó demostrado en el proceso, durante todo el tiempo que la demandante, estuvo afiliada a esa AFP, no manifestó inconformidad alguna con los servicios prestados por ésta; siendo, el verdadero motivo de su inconformidad, factores económicos que no constituyen una causal para declarar la ineficacia de la afiliación al RAIS; además que, para la fecha en que se produjo su traslado, no era posible efectuar una proyección de la mesada pensión, pues, apenas la demandante estaba comenzando su vida laboral, por lo que no era posible determinar la conveniencia de uno y otro régimen. Adicionalmente, considera esa recurrente, que la acción de nulidad del traslado se encuentra prescrita, teniendo en cuenta la fecha del traslado inicial y del cambio de Administradora; y que, tampoco procedería la devolución de los gastos de administración que son autorizados por la Ley, corresponde a la AFP, por su gestión y son sumas que ya se utilizaron y no puede verse afectado su propio patrimonio, generando un enriquecimiento sin justa causa a cargo de COLPENSIONES.

Por su parte, **COLPENSIONES**, advierte que, el traslado de la demandante, al RAIS, fue un acto valido y produjo efectos jurídicos; pues, su afiliación se produjo de manera libre y voluntaria, ejerciendo su derecho de libre escogencia de régimen pensional; siendo deber del afiliado, informarse respecto a las características del producto que adquirió, acción que no hizo la demandante, y que no le sirve de excusa, pues, el desconocimiento de la ley, no la exime de responsabilidades, más aún cuando realizó dos cambios de Administradora; manifiesta que, del material probatorio obrante en el plenario, no se evidencia que se le haya hecho incurrir en error, tampoco la desinformación alegada, ni ningún vicio del consentimiento; además, tampoco cumple con los requisitos legales, para retornar al RPM, en cualquier momento; por tanto, la decisión del a-quo, quebranta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, por alterar la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que sí aportaron al Sistema, ayudando al sostenimiento del mismo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en la confirmación de la providencia porque los fondos no acreditaron que le hubieren brindado la información completa, veraz, eficaz, cierta a la afiliada al momento de su traslado, además, que quien tenía el deber de probar que brindó dicha información no lo hizo generando así el vicio en el consentimiento por hacerla incurrir en error de ahí que deba ser condenada en costas la parte recurrente. Entre tanto, Colpensiones solicitó la revocatoria del fallo por cuanto la demandante no cumplía con el requisito de las 750 semanas de cotización o los 15 años de tiempos de servicios encontrándose inmersas de la prohibición legal para retornar al RPM, además que no era beneficiaria del régimen de transición ni tampoco hizo uso del derecho de retracto, contando con mera expectativa, por lo tanto no se da el vicio de error, Maxime cuando la nulidad no fue alegada dentro del término que se refiere el artículo 1750 CC . Finalmente, Porvenir S.A. peticiona la revocatoria del fallo por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen ya que el mismo se realizó de manera libre, voluntaria y consiente como se expresa en el formulario de afiliación, adicionalmente no se encontraba en cabeza de las AFP para ese momento el deber del buen consejo o de la buena asesoría, habiendo contado la demandante con múltiples oportunidades para RPM pero no lo hizo, sin que el factor de la mesada pueda viciar el traslado y de otra parte no se deben devolver las sumas destinadas al pago del seguro previsional y los gastos de administración.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; iii) si la decisión de declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones; y, v) procede o no la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora, contrario a lo expuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso, quien aseguró que para la fecha de traslado de la regimen pensional de la demandante, no existía normatividad que les impusiera a las AFP, la obligación de suminístrale suficiente, amplia y oportuna información a los afiliados, respecto a las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó, petición presentada ante COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, solicitando la nulidad del traslado de la demandante, al RAIS (fls. 38-42); simulación del valor de la pensión efectuada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 43-47); formulario de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., suscrito el 12 de mayo de 1997 (fl.48 y 160); extracto de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en la

AFP PORVENIR S.A. (fls. 49-53); reporte de semanas cotizadas en pensión por la actora en COLPENSIONES (fl. 54); reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES (fls. 55-60); petición de nulidad del traslado al RAIS, radicada en la AFP PORVENIR S.A., y su correspondiente respuesta negativa (fls.61-66); expediente administrativo de la actora en COLPENSIONES (CD fl.110); certificación de afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias Porvenir (fl. 161); resumen de historia laboral para bono pensional (fl.162); consulta SIAF (fls. 163-164); relación histórica de movimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP PORVENIR S.A., y es resumen de historia laboral consolidada (fls. 165-193).

Por su parte, la demandante, al absolver interrogatorio de parte, indicó que, los empleados de la AFP PORVENIR S.A., llegaron a la Contraloría de Tunja, donde ella se encontraba trabajando, reunieron a todos los empleados en un salón grande, y les dieron una charla sobre los beneficios del nuevo sistema pensional, como que se podían pensionar con el monto que quisiera y a la edad que quisiera; además que sus hijos podrían quedarse con la pensión si ella fallecía, así fueran mayores de edad una de las cosas que más le llamó la atención; que, les ofrecieron esferos o agendas; que, los asesores se hacían cargo de todo, diligenciaban los formularios y lo único que ella hizo fue firmar el formulario; que, no fue coaccionada a firmar el formulario, pero que sí lo hizo con base en una información que no era verdadera; que, se cambió de COLFONDOS S.A a la AFP PORVENIR S.A., porque llegaron a la oficina diciendo que eran una firma muy solvente, con mucha rentabilidad; que, no hizo preguntas; que, no ha recibido extractos; que, se acercó hace aproximadamente 8 años a la oficina de la AFP PORVENIR S.A., en Tunja, donde una asesora le seguía insistiendo en que permanecer en ese régimen pensional era lo más favorable para ella y que no se preocupara, porque estaban acondicionando el sistema pensional colombiano al europeo, que mínimo, los afiliados de esa AFP, quedarían con una pensión de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes; considera que debe la pensión que le sería reconocida en el RAIS, no se ajusta a sus gastos y a lo devengado durante su vida laboral, mientras que en el RPM, puede pensionarse en condiciones más dignas.

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

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 05 de diciembre de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que sin que el posterior cambio de Administradora, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 12 de mayo de 1997, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la

sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

De otra parte, debe igualmente indicarse que, la decisión del a-quo, al declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Finalmente, dado que la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Los anteriores argumentos, resultar suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

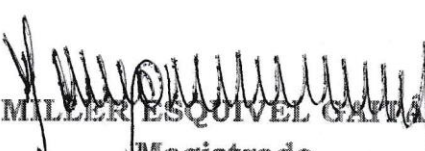
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de octubre de 2020, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CLAUDIA GARCÍA RODRÍGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

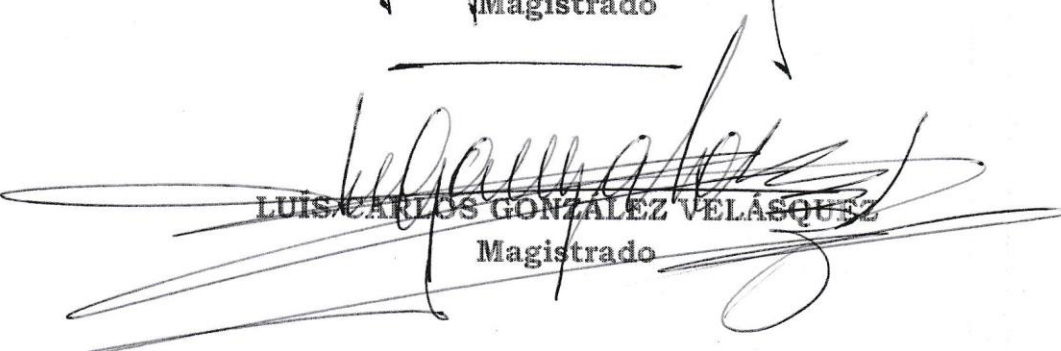
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105028201900251-01

En Bogotá D.C., hoy tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 26 de agosto de 2020 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **PATRICIA BERNAL TRUJILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a la doctora María Camila Bedoya García y como apoderada sustituta Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 273 al 275.

ANTECEDENTES

PATRICIA BERNAL TRUJILLO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. para que, previa nulidad de su traslado al RAIS, así como de las afiliaciones efectuadas a OLD MUTUAL hoy SKANDIA

PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., se condena a esas Administradoras, a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes junto con sus rendimientos; y, ordenar a COLPENSIONES aceptar y recibir dichos valores; además que se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 30 de abril de 1963; que, efectuó cotizaciones al RPM, desde el 11 de febrero de 1993 y hasta marzo de 2000, cuando se trasladó al RAIS, con la suscripción del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A.; que, posteriormente, entre el 2012 y marzo de 2017 se cambió a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., y regresó nuevamente en el 2017 a la AFP PORVENIR S.A., sin que en ninguno de los cambios de Administradora privada de pensiones efectuado, los asesores hayan cumplido con el deber de entregar información completa y comprensible, ya que, nunca le informaron las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, tampoco le indicaron que el reconocimiento y pago de la pensión de vejez dependía de los aportes efectuados y sus rendimientos financieros, y frente a estos últimos, no se le explicó cómo se obtenían ni del tipo de inversiones que iban a realizar con los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual.

Refiere que, las AFP demandadas, no le entregaron cálculos o proyecciones del monto de su mesada pensional, ni un comparativo de lo que le correspondería en el RPM; menos aún se le informó la posibilidad que tenía de ejercer el retractor y regresar al RPM, lo que produjo un engaño y la llevó a tomar una mala decisión que actualmente le podría ocasionar graves perjuicios, debido a que para ella es más beneficioso el tratamiento pensional en el RPM (fls. 4-22).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 108-118).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., propuso las excepciones de pago, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fls.135-161).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls. 190-235).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de agosto de 2020, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad del traslado de la demandante, al RAIS; en consecuencia, la determinó que ésta se encontraba válidamente afiliada al RPM, administrado por COLPENSIONES; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, contenidos en su cuenta de ahorro individual; condenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante, en el RPM, y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas, y, le impuso condena en costas a las demandadas.

Para arribar a esa conclusión, la Juez de Primera Instancia, consideró que en el plenario no se logró acreditar que la demandante, haya recibido por parte de la AFP PORVENIR S.A., asesoría sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen al momento de suscribir el formulario de traslado, situación que constituye una omisión a su deber de información, sin que la suscripción del formulario de afiliación a la AFP demandada, sea suficiente para exonerarla del deber que tenía de brindar una suficiente, completa y detallada información respecto a las implicaciones de dejar el RPM y sus consecuencias futuras.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, argumentó que, en ningún momento quedó acreditado algún vicio del consentimiento, todo lo contrario la actora manifestó que había firmado el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, por tanto, el acto jurídico suscrito eficaz; y, de existir alguna nulidad, esta sería relativo, porque es saneable, al punto que la demandante

en dos oportunidades más cambió de Administradora privada de pensiones, lo que demuestra que su intención era permanecer en el RAIS; que, la AFP PORVENIR S.A., obró de buena fe, cumpliendo con los requisitos de ley; indica que, aunque la demandante, no recuerde exactamente cómo se desarrolló la asesoría brindada por esa Administradora, al momento de trasladarse, ello por sí sólo no indica que se haya incumplido con el deber de información; que, la línea jurisprudencial citada, no resulta aplicable al caso, pues, no hay identidad con las condiciones particulares de la demandante, quien no es beneficiaria del régimen de transición y mal puede pretender retornar al RPM, simplemente porque con el pasar del tiempo, el plan de pensiones que eligió, no cumplió con sus aspiraciones, poniendo en riesgo la estabilidad financiera del Sistema pensional. De otra parte, en cuanto a los gastos de administración, indicó que no se puede proceder a su devolución, porque las únicas sumas a retornar al RPM son los aportes y sus rendimientos, de lo contrario se estaría enriqueciendo sin justa causa a COLPENSIONES, con recursos que no fueron obtenidos por su gestión.

Por su parte, **COLPENSIONES**, señaló que, la parte actora, con el paso del tiempo, nunca efectuó actos tendientes a manifestar su inconformidad con la afiliación al RAIS, por lo que, la alega falta de información no puede resultar justificación suficiente para declara ineficaz un acto que se efectuó de manera libre y voluntaria; que, la carga de la prueba es dinámica y no sólo puede corresponder a la AFP el cumplimiento del deber del buen consejo; además que, hubo un saneamiento de cualquier vicio del consentimiento al ejecutar el contrato firmado de manera libre y voluntario e igualmente con el cambio de AFP.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora suplica que se confirme la sentencia, por cuanto no se le brindo información clara, precisa y oportuna acerca de cada uno de los dos regímenes, a su vez mención que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar el consentimiento pleno al momento de llevar el traslado, máxime cuando el formulario solo trae una leyenda der aseveración de que la vinculación se está realizando de manera libre y consiente. Entre tanto, COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. PORVENIR S.A. insiste en que se revoque el fallo al no acreditarse algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que

conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado para que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuesto por las demandadas AFP PORVENIR S.A, y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iv) si se pone en riesgo la sostenibilidad económica del Sistema General de Pensiones, con esta decisión; y, v) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado

N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó, respuesta negativa a la reclamación de administrativa presentada por la demandante ante COLPENSIONES (fl. 35-37); solicitudes de nulidad del traslado radicadas en la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL, con su respectiva respuesta (fls. 38-43, 47-49, 168-170); certificación de traslado de aportes de OLD MUTUAL a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 44-16, 163-167 y 171-173); liquidación historia laboral Oficina de Bonos Pensionales (fls. 50-56); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls.57-60); historia laboral consolidada e informe de movimientos y rendimiento en la AFP PORVENIR S.A. (fls.61-91); formulario de solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A., diligenciado en 24 de febrero de 2017 (fl.92 y 240); semanas cotizadas por la actora en COLPENSIONES (fls. 94-95); afiliación al fondo de pensiones obligatorias SKANDIA suscrita 16 de mayo de 2012 (fl. 162 y 236); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 173); solicitud de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS (fl. 237); formulario de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., del 24 de marzo de 2000 (fls.238-239).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio la demandante, quien indicó que, personal de la AFP PORVENIR S.A., llegó a su sitio de trabajo y le informó que había una nueva forma de hacer los aportes a pensión, que, debía tener en cuenta que era probable que el Seguro Social se terminara, pero no recibió una explicación, ni información adicional; dijo que, recibió una asesoría individual, en su puesto de trabajo, pero que no preguntó nada, ni corroboró el cierre del ISS; que, los cambios

de Administradora, que hizo una vez estuvo en el RAIS, se desarrollaron en las mismas circunstancias, cuando personas de las distintas Administradoras se acercaban a su lugar de trabajo y le decían que en uno u otro Fondo, iba a recibir mejores condiciones para su pensión; acepta que firmó de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación, pero que sólo preguntó las condiciones en que podría llegar a pensionarse, recientemente cuanto ya no podía retornar al RPM.

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

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 24 de marzo de 2000, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que los posteriores cambios de Administradora, a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y nuevamente a PORVENIR S.A, validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

De otra parte, debe igualmente indicarse que, la decisión del a-quo, al declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Finalmente, en relación con la inconformidad de la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION, en cuanto a la orden de restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, basta indicar que ninguna razón les asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió*

*al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones” (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)*

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **PATRICIA BERNAL TRUJILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

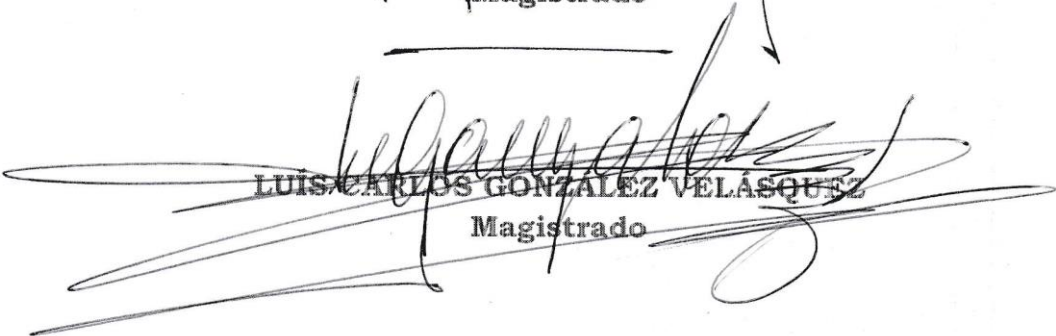
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105039201900256-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderado de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de septiembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **WILLIAM RENE GUTIÉRREZ ORTEGÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderado sustituto de la administradora colombiana de pensiones –COLPENSIONES- al doctor Santiago Bernal Palacios, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folios 10 al 14.

ANTECEDENTES

WILLIAM RENE GUTIÉRREZ ORTEGÓN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, previa declaración de nulidad de su traslado al RAIS, efectuado inicialmente a través de COLFONDOS S.A., así

como su posterior afiliación a la AFP PORVENIR S.A.; se condene a esta última, a restituir a COLPENSIONES, los valores obtenidos como aportes pensionales en virtud de su vinculación, es decir, cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubiesen causado; igualmente, ordenar a COLPENSIONES, al recibirlo como afiliado, y contabilizar para efectos de la pensión de vejez las semanas cotizadas en el RAIS; que, se reconozca lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que efectuaba aportes pensionales a través de CAPRECUNDI, desde el 13 de julio de 1990 y gozaba de un régimen especial de pensiones; sin embargo, el 12 de junio de 1995 efectuó traslado al RAIS, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, Administradora, que, no le brindó una debida asesoría, completa, clara, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno y otro régimen, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de su traslado, y, en general, las implicaciones que sobre sus derechos pensionales tendría esa decisión.

Refiere que, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, no le indicó el régimen que más le convenía teniendo en cuenta su historia laboral, edad, tiempo laborado y cotizado; tampoco le informó cuánto capital debía acumular en su cuenta de ahorro individual para adquirir el derecho a la pensión, con qué monto; ni se le indicó que no todo su aporte mensual iría al ahorro pensional sino que estaría destinado al pago de primas de seguro; nada se le advirtió sobre la posibilidad de negociar el bono pensional, ni que tenía derecho retractarse del traslado; no se le realizó una proyección futura de su pensión, pese al deber profesional que le asistía a esa Administradora, de asesorarlo eficazmente, de manera rigurosa, transparente, adecuada y completa.

Indica que, actualmente se encuentra vinculado a la AFP PORVENIR S.A., entidad que efectuó una simulación pensional, según la cual a la edad de 62 años le correspondería una mesada pensional de \$2.726.900; mientras que, en el RPM, la misma ascendería a \$6.351.650; esto, teniendo en cuenta que su IBL corresponde a la suma de \$10.629.638; que, presentó formulario de afiliación y traslado de régimen pensional ante COLPENSIONES, el cual no fue aceptado; y que, agotó la reclamación administrativa ante las demandadas, quienes negaron su solicitud de traslado (archivo No. 1 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, y la innominada o genérica (archivo No. 2 PDF).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fl. 30-50 archivo No. 3 PDF).

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, se allanó a las pretensiones de la demanda; no obstante, mediante auto del 13 de julio de 2020, el Juzgado, no aceptó dicho allanamiento y por ende tuvo por no contestada la demanda, por parte de esa Administradora (fl. 66 archivo No. 3 PDF)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de septiembre de 2020, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el traslado que hizo el demandante al RAIS, el 12 de junio de 1995, a través de la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS, era ineficaz , y, por ende , no produjo ningún efecto jurídico, entendiéndose que el actor, jamás se separó del RPM; también declaró ineficaz las afiliaciones efectuadas al interior del RAIS; condenando a la AFP PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea sable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes; también condenó a COLFONDOS S.A., a transferir a COLPENSIONES , las comisiones que recibió por haber administrado los dineros o la cuenta del demandante, del 12 de junio de 1995 hasta que se hizo efectiva la afiliación en el año 2017

Condenó a la AFP PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES, las comisiones que recibió por haber administrado los dineros o la cuenta del demandante desde el 2017 hasta la actualidad, por ser la última administradora a la cual se encontraba vinculado; ordenó a COLPENSIONES, recibir los recursos y reactivar la afiliación del demandante, al RPM, sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y, autorizó a COLPENSIONES, para que inicie las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de la AFP

PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A; condenando en costas a la AFP PORVENIR S.A.

Para llegar a esa decisión, consideró el Juez de Primera Instancia, que, dentro del plenario, las demandadas, no llegaron a ningún elemento probatorio, que permitiera avizorar al Despacho, que en el momento del traslado de régimen pensional, se le al demandante dio la información requerida, conforme lo señalaba la ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993; siendo deber de COLFONDOS S.A., explicarle de manera detallada en qué consistía ese régimen, pues, para aquel entonces era un sistema muy joven y estaban obligados a informar todas las ventajas y desventajas; por lo que, al no ser diligente al momento de convencer al actor, de trasladarse se torna ineficaz dicha decisión, más aún cuando tampoco se puede extraer del formulario de afiliación, cuál fue la información que se le proporcionó al demandante, para que una vez conocida, éste pudiera optar por la mejor opción pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, argumentó que, sí se logró probar dentro del proceso que el formulario de afiliación suscrito por el demandante con esa Administradora, ratifica su deseo de pertenecer al RAIS.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, solicitó que se revoqué la decisión del Juez de Primer Grado, pues, el demandante, hizo uso del derecho legal a trasladarse de régimen pensional, sin que se haya demostrado presión o coacción al momento afiliarse a COLFONDOS S.A. y a la AFP PORVENIR S.A., por tanto su decisión fue libre, espontánea y voluntaria, sin que durante su permanencia en el RAIS, haya manifestado alguna objeción, manteniéndose ajeno al conocimiento de cómo se construía su derecho pensional; advierte, adicionalmente que, cualquier inconformidad derivada del contrato suscrito entre el demandante y las administradoras privadas de pensiones, estaría prescrita.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicita la confirmación del fallo, por cuanto en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y

concreta. Por otra parte, COLPENSIONES pide que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindo la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Por último, PORVENIR S.A. pretende que se revoque el fallo en relación a que no se acredito la existencia de algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas APF PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar, i) si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ii) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; iii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; iv) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; y v) si operó el fenómeno de la prescripción, para que el demandante, reclamara la ineficacia del traslado efectuado al RAIS.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO

INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia

se expuso:

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

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

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

En este sentido, al plenario se allegó respuesta de COLPENSIONES, a la reclamación administrativa presentada por el actor, negándole su retorno al RPM y respuesta de la AFP PORVENIR S.A., en el mismo sentido (fls. 23-27 archivo No. 1 PDF); consulta historia laboral Oficina de Bonos Pensionales (fls. 28-29 archivo No. 1 PDF); formulario de solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, diligenciado el 12 de junio de 1995 (fl. 30 archivo No. 1 PDF); simulación de la mesada pensional del demandante, elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls.33-36 archivo No. 1 PDF); solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A., suscrita el 26 de mayo de 2017 (archivo No. 3 PDF).

Igualmente, al absolver interrogatorio de parte, el demandante, indicó que, salió de trabajar de la Gobernación de Cundinamarca y entró al Ministerio de Cultura, entonces al momento de legalización de sus documentos en la oficina de recursos humanos se le acercó un señor de COLFONDOS S.A., y le dijo que se afiliara al fondo privado de pensiones donde le iba a ir mejor, donde iba a tener una mayor rentabilidad y una pensión anticipada, además, que, con el tiempo el fondo público iba fracasar y no iba a tener recursos para cancelar las pensiones de todos los usuarios, aceptó y se afilió al Fondo; no le explicó en qué consistía la rentabilidad, no le habló de una cuenta de ahorro individual, ni aportes voluntarios, tampoco le explicó qué pasaría con sus aportes en caso de fallecimiento; que, se cambió a la AFP PORVENIR S.A., en el 2017, porque en COLFONDOS S.A., no le tramitaron el bono pensional, por el tiempo cotizado en CAPRECUNDI; que, nunca se acercó a COLPENSIONES, a solicitar información sobre su afiliación a pensión; nunca tuvo información sobre la proyección del valor de su mesada pensional antes de los 52 años de edad, no tuvo información clara de los derechos que tendría en el RAIS, ni un comparativo.

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

De ahí que, existió error de hecho y no de derecho, cuando la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del

derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 12 de junio de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que sin que el posterior cambio de Administradora, el 26 de mayo de 2017, a la AFP PORVENIR S.A., validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Finalmente, en relación con la prescripción, que considera la apoderada de COLPENSIONES, operó respecto de cualquier inconformidad del demandante, acerca del negocio jurídico suscrito con COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado,teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho

fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Los anteriores argumentos resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

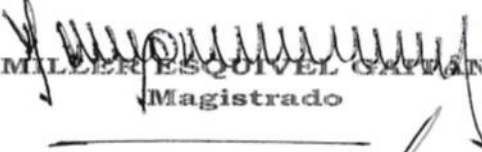
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 1 de septiembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **WILLIAM RENE GUTIÉRREZ ORTEGÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

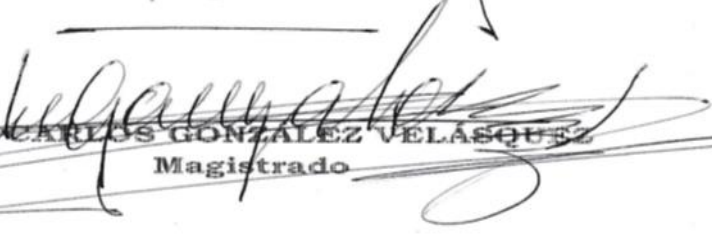
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105009201900347-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCION, en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 22 de septiembre de 2020, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **OLGA MARINA VEGA ANGARITA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al Dr. Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como apoderado sustituto al Dr. Gustavo Borbón Morales en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 190 a 205.

ANTECEDENTES

OLGA MARINA VEGA ANGARITA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. para que, previa declaración de nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, administrado por PROTECCION, se ordene

a esta última a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual; así mismo, que se ordene a COLPENSIONES, a recibirla sin solución de continuidad, corregir y actualizar su historia laboral y tener, para todos los efectos, como única afiliación válida, la efectuada al RPM, el 3 de octubre de 1987; que se reconozca lo ultra y extra petita, junto con las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 18 de febrero de 1961; que, se vinculó al RPM, el 3 de octubre de 1987, con afiliación efectuada a CAJANAL, hasta el 1 de marzo de 1997, cuando se encontraba vinculada laboralmente con la UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, y se trasladó al RAIS, mediante afiliación efectuada a PROTECCION; cambio de régimen, que no estuvo precedido de la suficiente ilustración, por parte de la Administradora, que la recibió, por lo que su consentimiento no fue libre y voluntario.

Refiere que, PROTECCION, no le informó acerca del año de gracia que tenía para retornar al RPM, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003; tampoco le advirtió la imposibilidad de trasladarse, cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad para acceder la pensión de vejez; que, PROTECCION, realizó una proyección del valor de su mesada pensional, calculando que a los 58 años de edad, recibiría la suma de \$930.100, mientras que en el RPM, tal derecho, ascendería a \$3.616.321; indica que, radicó petición ante las demandadas, solicitando la nulidad de su traslado al RAIS, agotando así la reclamación administrativa (fls. 53-68).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica (fls.76-92).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento

indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica (fls 142-153).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de septiembre de 2020, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante; ordenó a PROTECCION, trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la actora, sin deducciones por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia; igualmente, ordenó a COLPENSIONES, activar su afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados; declaró no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a la AFP PROTECCION.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, las pruebas allegadas al proceso, no permiten establecer que PROTECCION, al momento de su tránsito en el año 1997, de las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, para demostrar el cumplimiento del deber de información; sin que bastara con la manifestación del texto preimpreso del formulario de vinculación firmado por la actora; que, la ausencia de información impidió que la usuaria, contara con elementos de juicio necesarios para determinar qué le resultaba más benéfico; sin que, la AFP demandada, cumpliera con la carga de probar el cumplimiento del deber de información. Aclarando que, si bien la demandante, como servidora pública había cotizado a través de CAJANAL, también hacia parte del RPM y COLPENSIONES, asumió parte de su pasivo pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, argumentó que, no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues, no había una expectativa legítima para la actora pues al momento de su traslado le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión; que, la actora, no es beneficiaria del régimen de transición, por lo tanto, no es posible que se dé su retorno al RPM, en cualquier tiempo; citó un pronunciamiento jurisprudencial, de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, indicando que la sola inconformidad en cuanto al monto de la pensión, que le sería reconocido a la actora en el RAIS, no es por sí sola prueba suficiente del engaño o una equivocada información por parte del Fondo; indicó que, no se demostró la

información falaz dada por la AFP, a la demandante, máxima si se tiene en cuenta que para el año del traslado, ésta sólo tenía la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado; considera que, en el presente caso, lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante, y que su deseo fue continuar cotizando al RAIS, de manera libre y voluntaria.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, dijo que, su inconformidad, se limitaba únicamente al tema de trasladar a COLPENSIONES los costos de administración y la cuota por seguros previsionales, por tratarse de descuentos autorizados en la Ley 100 de 1993, que faculta a las AFP, para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones, los cual opera en ambos regímenes, es un producto de la gestión realizada por la AFP, que se reflejan los rendimientos que obtuvo la demandante, en su cuenta de ahorro individual; por lo que, hacer la devolución de dichos conceptos constituiría un enriquecimiento sin justa causa, a favor de COLPENSIONES, por recibir una comisión que ni siquiera está destinada al pago de la pensión de vejez; además la prima del seguro previsional ya fue girada a una aseguradora, y, mal puede pedir la devolución de esas sumas, para trasladar las COLPENSIONES, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el negocio suscrito entre la demandante y la Administradora de pensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la revocatoria del fallo recurrido ante la ausencia de vicios en el consentimiento de la demandante quien además no tenía una expectativa legítima de pensión ni era beneficiaria del régimen de transición, dirigiendo ésta la inconformidad al monto de la mesada pensional, no siendo una afiliada sin la capacidad para ilustrarse. Entre tanto, la parte actora solicitó la confirmación de la sentencia dado que PROTECCIÓN S.A no acreditó que el traslado de régimen efectuado el 3 de abril de 1997 estuviese precedido de la suficiente información.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no

acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de PROTECCION; y iii) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En este sentido, al plenario se allegó certificado de información laboral para bono pensional (fls. 16-18); historia laboral de la demandante en PROTECCION (fls. 19-29 y 116-123); solicitud radicada ante PROTECCION y COLPENSIONES, para obtener la nulidad del traslado al RAIS, y su respectiva respuesta negativa, por parte de esa última administradora (fls. 30-52); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES y expediente administrativo de la demandante (fls.98-99); formulario de solicitud de vinculación a PROTECCION, suscrito el 9 de marzo de 1997 (fl. 113); resumen de historia laboral para efectos de bono pensional (fl. 114); consulta SIAF (fl. 115); respuesta a la petición de nulidad del traslado elevada por la actora a PROTECCION (fls. 124-129).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, indicando que, para abril de 1997, luego de haber tomado posesión como docente en la Universidad Francisco de Paula Santander, recibió una asesoría por parte de PROTECCION, una señora, en la oficina de Recursos Humanos, fue un encuentro con la asesora, básicamente se diligenció un formulario, con sus datos básicos, era como tipo encuesta, le hacía preguntas y la asesora lo iba diligenciando; que, ella firmó el formato, sin conocimiento pleno de lo estaba firmando, sin la información de las consecuencias de lo que estaba realizando; indicó que, mientras la asesora diligenciaba el formato ella le insistió en que había prestado su año de servicio rural entre 1987 y 1988 y también que había trabajado en la Escuela Nacional de Enfermería entre 1992 y 1995; a lo que le respondió que no había ninguna dificultad, que PROTECCION se encargaría de rescatar o recuperar todo ese historial, lo que le dio tranquilidad; también, le dijo que la pensión tendría un incremento superior al salarial; que, sólo hasta el año 2017, cuando ya estaba próxima a su edad para acceder a la pensión inicio las averiguaciones de cómo reclamar, y qué le correspondería de mesada pensional, advirtiéndole que las cosas no eran como inicialmente se las ofreció PROTECCION.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PROTECCION obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora OLGA MARINA VEGA ANGARITA, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el

monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada PROTECCION, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., el 03 de abril de 1997, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Finalmente, dado que el apoderada de la AFP PROTECCION S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes así las consideraciones efectuadas para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2020, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **OLGA MARINA VEGA ANGARITA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PROTECCION. Fijense como agencias en derecho la

suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

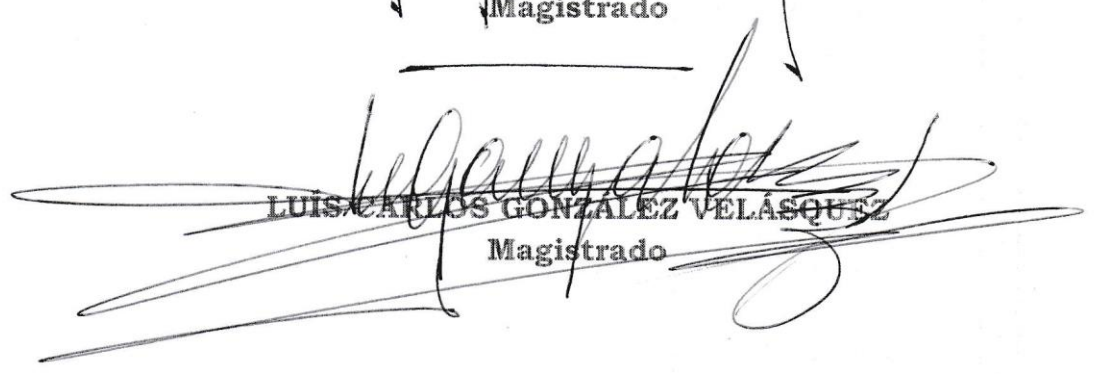
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105019201900354-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 18 de septiembre de 2020 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA ISABEL SÁNCHEZ SAENZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; No sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de Colpensiones a la doctora Claudia Liliana Vela y como apoderado sustituta al doctor Elkin Fabian Castillo Cruz , en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 261 a 263 ; de igual manera se procede reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de Porvenir S.A a la doctora Jennifer Lorena Molina Mesa y como apoderado sustituto al doctor Nicolas Eduardo Ramos Ramos en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 274 a 280

ANTECEDENTES

MARÍA ISABEL SÁNCHEZ SAENZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-

COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, se declare la existencia de un vicio en el consentimiento, que la indujo a un error en su afiliación al RAIS, por lo debe declararse la invalidez, ineficacia o nulidad de su traslado a ese régimen, ordenando que continúe afiliada al RPM, administrado por COLPENSIONES; además solicita que se reconozca los demás derechos ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 2 de julio de 1967; que, aproximadamente a principios de 1998, fue visitada en las instalaciones de su trabajo, por un promotor de ventas de la AFP PORVENIR S.A., quien le seguro que el ISS, se acabaría y que sus semanas cotizadas estaban en riesgo de perderse, lo que le generó una angustia acerca de su futuro pensional; en consecuencia, decidió trasladarse al RAIS; sin que esa AFP desplegara ninguna actividad de asesoramiento e información que le permitiera valorar las consecuencias de su decisión; que, posteriormente se cambió a la administradora COLFONDOS S.A., quien tampoco le brindó la debida información; sufriendo un perjuicio irremediable, pues, en el RAIS se le proyectó como el montón de mesada pensional, a los 57 años de edad, la suma de \$781.242; mientras que en el RPM, para la misma edad, ésta ascendería a \$2.739.099; refiere que, solicitó a las demandadas, mediante comunicaciones del 24 y 31 de enero de 2019, la nulidad de su traslado sin obtener respuesta favorable al respecto (fls. 4-11).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica (fls. 89-105).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.,

prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 131-148).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso 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 (fls. 168-185).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de septiembre de 2020, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, junto con los distintos cambios de administradora efectuados dentro del mismo; en consecuencia, declaró a la actora válidamente vinculada al RPM, administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiere trasladado, y por lo mismo, siempre permaneció en dicho régimen; condenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como son cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causado, intereses, comisiones y sin que se le descuenten gastos de administración; sin costas en la Instancia.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, la demandante, no recibió información a fondo, acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, ni cuales eran las modalidades y requisitos para obtener su pensión en el ahorro individual, y que, de haber conocido a plenitud, le hubiesen impedido tomar dicha decisión; obligación que desde su creación tenían las Administradoras de pensiones, en relación con garantizar la entrega de información suficiente y transparente, que les permita a los afiliados elegir entre las distintas opciones del mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses; siendo escaso el material de prueba aportado por las demandadas, para controvertir los hechos de la demanda, lo que condujo a su decisión de declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentando que, para la época del traslado de régimen pensional de la demandante, el único requisito necesario era la manifestación de la voluntad del afiliado de manera libre y espontánea, a través de la firma del formulario, sin que fuera necesaria una doble asesoría por parte de las AFP, por lo que, el estudio del caso debe hacerse a la luz de la normatividad vigente para el momento del traslado sin exigirle a las administradoras privadas de pensiones pruebas los soportes de la información brindada a la

demandante, al momento de su traslado; que, el estudio acerca de la ineficacia del traslado del régimen pensional a la luz de normas inexistentes afecta no solo a los fondos privados sino también a COLPENSIONES, quien no hizo parte de dicho negocio jurídico, sin embargo, debe asumir las consecuencias del mismo. Adicionalmente, pide que, en caso de confirmar la decisión de Primer Grado, se adicione, en cuanto la obligación de hacer, esto es, recibirla, activarla como afiliada y actualizar su historia laboral, sólo se podrá hacer efectiva una vez cumplidas las obligaciones impuestas a la AFP, relacionadas con el reintegro de los aportes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en cada uno de los pedimentos de la demanda, porque la parte demandada no probó haberle brindado a la demandante una debida información. Por su parte Colpensiones solicitó que se confirmara la decisión del fallo ya que al declarar la ineficacia de traslado del régimen del demandante se fundamentó en la falta del deber de información, además para la fecha de suscripción no existía la ley 1748 de 2014, este asunto ha permanecido en el RAIS por más de 24 años por lo que Colpensiones resulta lesionada con la decisión. Finalmente, Porvenir S.A. peticiona la revocatoria del fallo por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen ya que el mismo se realizó de manera libre, voluntaria y consiente como se expresa en el formulario de afiliación, adicionalmente no se encontraba en cabeza de las AFP para ese momento el deber del buen consejo o de la buena asesoría, habiendo contado la demandante con múltiples oportunidades para RPM pero no lo hizo, sin que el factor de la mesada pueda viciar el traslado y de otra parte no se deben devolver las sumas destinadas al pago del seguro previsional y los gastos de administración.

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar, i) si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo.

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora, contrario a lo expuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso, quien aseguró que para la fecha de traslado de la régimen pensional de la demandante, no existía normatividad que les impusiera a las AFP, la obligación de suminístrale suficiente, amplia y oportuna información a los afiliados, respecto a las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues

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

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó, historia laboral del Fondo de Pensiones Obligatorios COLFONDOS S.A. (fls. 15-29); cálculo elaborado por esa misma AFP, respecto a la pensión de vejez que le correspondería a la demandante, a los 57 años de edad, equivalente a \$781.242 (fl. 30); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 31-33); simulación del valor de la pensión de vejez, de la actora, en COLPENSIONES, quien, a la edad de 57 años, recibiría como valor estimado la suma de \$2.739.099 (fl. 34);

solicitud de nulidad de traslado radicada ante COLFONDOS S.A. y su respuesta negativa (fls. 35-44); petición de nulidad del traslado radicada el 24 de enero de 2019, en la AFP PORVENIR y reclamación administrativa ante COLPENSIONES (fls. 45-51); formulación de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias Porvenir, suscrito el 23 de enero de 1998 (fl. 52 y 201); solicitud de vinculación y traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias Horizonte Pensiones y Cesantías, diligenciado el 23 de julio de 2004 (fl. 53 y 202); solicitud de vinculación o traslado Fondo de Pensiones COLFONDOS, del 21 de noviembre de 2007 (fl. 54 y 152); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 111); consulta SIAF (fl. 149 y 186-189); relación historia de movimientos en la AFP PORVENIR S.A. (fls.190-198).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, indicando que, empezó su historia laboral desde 1989 y, siempre ha cotizado para pensión, inicialmente estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social, luego, en 1998, pasó a la AFP PORVENIR, en el 2004, estuvo en HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, y, finalmente, en 2007 se cambió a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS; señaló que, al momento de su traslado a PORVENIR, no recibió ninguna información sobre las consecuencia de su decisión, sólo le dieron datos, que con tiempo pudo corroborar que eran falsos, no tuvo ninguna asesoría, simplemente, en una charla grupal, en la empresa donde trabajaba en ese momento, se limitaron a decirle que era una Administradora sólida, bien constituida, que pertenecía a un buen grupo empresarial, no tuvo la oportunidad de hacer preguntas, ni de reunirse con el asesor para recibir información personalizada; que, se cambió de fondo, por la misma razón, esto es, que COLFONDOS S.A., era una Administradora, más sólida y podía brindarle una mejor atención.

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

nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a AFP PORVENIR S.A., el 23 de enero de 1998, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la Primera Instancia, sin que sin que el posterior cambio de Administradoras, el 23 de julio de 2004 a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, y, el 21 de noviembre de 2007 a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras*

dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”.

De otra parte, en relación con lo manifestado por el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso, acerca de la adición de la sentencia de Primera Instancia, basta indicar que a la luz de establecido en el artículo 287 del CGP, no advierte Sala, que, en la decisión objeto de alzada, se haya omitido resolver sobre *“cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”*; razón por la cual, no procede la adición solicita.

Los anteriores argumentos, resultar suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2020, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARÍA ISABEL SÁNCHEZ SAENZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

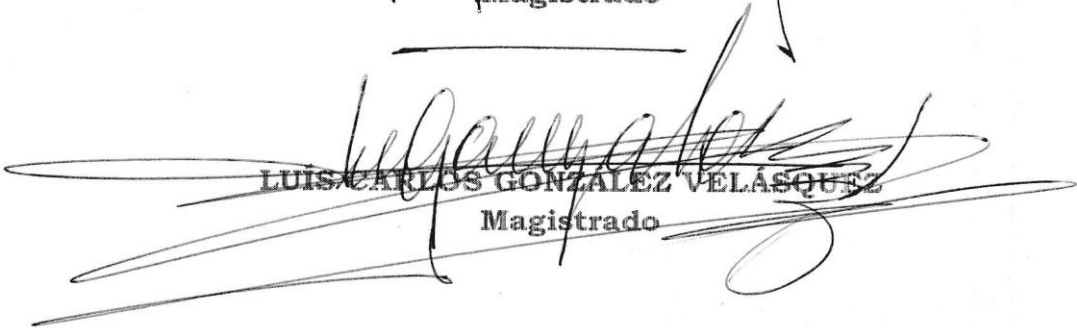
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105029201900374-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la AFP PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARLOS ENRIQUE GONZÁLEZ RICO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes y como apoderada sustituta a la doctora María Camila Bedoya García, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 215 al 217 vto.

ANTECEDENTES

CARLOS ENRIQUE GONZÁLEZ RICO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, previa declaración de nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, se ordene a las demandadas, realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a

anular su traslado al RAIS, realizado el 1 de junio de 1999; en consecuencia, tiene derecho a que los aportes cotizados al RAIS sean trasladados a COLPENSIONES; debiendo esta última recibirlos, corregir y actualizar su historia laboral, declarando para todos los efectos que su única afiliación válida al régimen pensional fue la efectuada el 5 de agosto de 1981 al RPM; además que se conceda a su favor lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 2 de enero de 1958; que, se afilió al Sistema General de Pensiones, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, el 5 de agosto de 1981; que, el 1 de junio de 1999, cuando se encontraba vinculado laboralmente con el Hospital Engativá Empresa Social del Estado, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., la cual no estuvo precedida de la suficiente ilustración, siendo la misma ineficaz, ante la falta de consentimiento libre y voluntario de su parte.

Indica que, la AFP PORVENIR S.A, no le informó acerca del año de gracia que concedió el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, para retornar al RPM, antes del 28 de enero de 2004; tampoco, esa demandada, antes del 2 de enero de 2010 le advirtió sobre la imposibilidad de trasladarse al RPM, cuando le faltaran 10 años o menos, para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho pensional; que, la AFP PORVENIR S.A., le realizó una proyección de su mesada pensional, en la suma de \$828.116M; que, a la fecha cuenta con 1947 semanas cotizadas, por lo que le resultan más favorables las condiciones del RPMPD donde su pensión de vejez, ascendería a una mesada mensual de \$3.771.775; y que, el 12 de junio de 2019, elevó solicitud de traslado de régimen. (fls 57-72).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 147-153).

COLPENSIONES propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe y cualquier otra excepción que se pueda reconocer de oficio por el Juez y se encuentre probada (fls. 159-162)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de septiembre de 2020, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que hiciera el demandante, a la AFP PORVENIR S.A., el 22 de abril de 1999; y que, para el efecto, nunca se trasladó a dicho régimen, por lo que, siempre permaneció en el régimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenando a la AFP PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, por concepto de cotizaciones y rendimientos; y que, COLPENSIONES, por su parte, reciba dichos valores, y proceda a la actualización de su historia laboral. Sin condena en costas.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, al demandante, al momento de su traslado al RAIS, los asesores de la AFP PORVENIR S.A., le suministraron una información incompleta y negativa, que, influyó en su decisión para cambiarse de régimen pensional; siendo que, no se trata de un simple consumidor financiero, sino del beneficiario de un derecho constitucional, como es el derecho a la Seguridad Social, estando las Administradoras de Pensiones, en la obligación de brindarle toda la información y garantías para que al final de su vida, pueda gozar de los beneficios del derecho pensional, en la forma que mejor les convenga.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, para que se revoque la misma, teniendo en cuenta que la afiliación efectuada por el demandante, a la AFP PORVENIR S.A., fue totalmente valida, se realizó de manera libre y voluntaria; además, se encuentra convalidada por el paso del tiempo, pues, el actor ha permanecido por más de 20 años en el RAIS, sin manifestar ninguna inconformidad, y mal puede, argumentar que su traslado es ineficaz, porque el plan de pensiones no resultó acorde a sus aspiraciones; máxime cuando el demandante, era conocedor de la Ley 100 de 1993 y por ende de las características de cada uno de los regímenes pensionales, por su trabajo en el sector de la salud, como lo reconoció al momento de absolver interrogatorio de parte.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora peticiono que se confirme el fallo porque afirma que era un deber de PORVENIR S.A., verificar que sus promotores o asesores, brindaran a los afiliados una información clara y precisa, bajo los parámetros de la idoneidad, la honestidad, la especialización y el profesionalismo, que requiere tomar una decisión tan

importante como lo es trasladarse de régimen, deber que no cumplió . Entre tanto, COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si fue acertada la decisión de la Juez de Primer Grado, al declarar la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS, y en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que, es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

permiten que su decisión sea concreta y real.

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

En el presente caso, milita en el plenario, certificado de bono pensional emitido por la Secretaria Distrital de Salud (fl.9-12), reporte de semanas cotizadas en Colpensiones (fls.13-17); certificación de traslado a otro fondo, expedida por Colpensiones (fl. 18), copia del formulario de afiliación del demandante, a la AFP PORVENIR S.A., diligenciado el 22 de abril de 1999, certificación expida por la misma Administradora, que así lo ratifica (fl. 90), consulta SIAF (fl. 91) reverso; así como la historia laboral consolidada de la AFP PORVENIR S.A. (fls. 19-31 y 92-143).

Igualmente al absolver interrogatorio de parte, el demandante, indicó que, como empleado del Estado, inicialmente estuvo afiliado a la Caja Distrital de Previsión Social, luego fue traslado al Seguro Social y cuando se aprobaron los Fondos de Pensiones Privados, empezaron a llegar a su sitio de trabajo, unos asesores, vendiendo la idea de una mejor pensión y que el Seguro Social se iba a acabar, el asesor le pidió fotocopia de su cédula de ciudadanía y le dijo dónde debía firmar, pero, en ningún momento leyó el formulario de afiliación; tampoco tuvo la oportunidad de consular para que alguien le advirtiera acerca de falta de veracidad de esos argumentos, por lo confió en que realmente obtendría una pensión digna y acorde con sus ingresos, lo cual no resultó verdad; refiere además, que por su trabajo en el área de la salud, tuvo algún conocimiento de los cambios implementados con la Ley 100 de 1993.

Así pues, de las pruebas antes reseñadas puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó al actor, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PORVENIR S.A obligada a demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora, fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor CARLOS ENRIQUE GONZÁLEZ RICO, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al

capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor, a la AFP PORVENIR S.A. el 22 de abril de 1999, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, sin que el nivel profesional que ostenta el demandante, y sus conocimientos acerca de la Ley 100 de 1993, sea argumento suficientemente válido, para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, pues la ley es general, impersonal y abstracta.

Resultan suficientes así las consideraciones efectuadas para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 23 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por CARLOS ENRIQUE GONZÁLEZ RICO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105013201900428-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 12 de noviembre de 2020, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUCILA MORALES HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; No sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de Colpensiones a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes y como apoderada sustituta a la doctora María Camila Bedoya García, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 330 a 322

ANTECEDENTES

LUCILA MORALES HERNÁNDEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. para que, se declare la existencia de un vicio del consentimiento en el contrato de administración suscrito con DAVIVIR hoy PROTECCION, pues, tanto en la etapa precontractual como durante la ejecución del contrato, se le omitió información suficiente, oportuna, clara, comprensible, transparente o cierta, basada en el buen consejo, sobre los elementos positivos y negativos, las consecuencias reales en términos económicos y jurídicos que conllevaba su traslado o permanencia en uno y otro régimen; en consecuencia, solicita que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, y se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar los aportes, junto con los rendimientos financieros que reposan en su cuenta de ahorro individual; que, COLPENSIONES, reciba todos los aportes junto con los rendimientos, indexación e intereses de mora, y realice su activación en el RPM; además de reconocer lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 2 de enero de 1959, por lo que, cumplió los 57 años de edad el mismo día y mes del año 2016; que, estuvo afiliada al RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales, desde el mes de mayo de 1990 y ya está agosto de 1991; que, el 25 de noviembre de 1995, se trasladó al RAIS, administrado por DAVIVIR hoy PROTECCION, quien a través de sus asesores le brindó una información general y no personalizada; además, en ningún momento se le indicó qué régimen le convenía más, analizando elementos como su historia laboral, edad, cotizaciones; tampoco se le informaron las condiciones requeridas para pensionarse anticipadamente en el RAIS, ni se le informó sobre el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para adquirir el derecho a una pensión y con qué monto, ni a qué edad.

Refiere que, PROTECCION, en ningún momento le informó que no todo el aporte mensual iba a su cuenta individual, sino que se utilizaría para el pago de primas de seguros y costos de administración; menos aún durante la ejecución de la relación contractual se le brindó asesoría respecto a su situación pensional o se le informó de las posibilidades que tenía para retornar al RPM, razón por la cual nunca conoció las consecuencias reales positivas y negativas de su traslado.

Indica que, el 8 de enero de 2003, cuando tenía 44 años de edad, radicó solicitud de traslado ante el Instituto de Seguro Sociales, sin embargo, éste nunca le notificó la aceptación o negación del cambio, pero, el 19 de enero de 2007, al solicitar la actualización de su historia laboral, tal petición fue negada por esa Administradora; que, posteriormente se cambió a la AFP PORVENIR S.A., quien le realizó la proyección de su mesada pensional, a la edad de 60 años, indicándole que le correspondería la suma de \$828.116, mientras que en que su ingreso base de cotización, ha sido de \$4.407.984, de ahí que, al hacer un cuadro comparativo de la pensión de vejez en el RPM, su masa sería superior a la ofrecida en el RAIS.

Finalmente, aduce que solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado de régimen pensional, no obstante, ambas administradoras le dieron respuesta desfavorable a su petición (fl. 3-38 y 88-126)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica (fls 190-200).

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y las demás que se encuentren probadas (fls. 224-228 y 238-239).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls. 264-284 y 289-294).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de noviembre de 2020, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION y de contera el efectuado a la AFP PORVENIR S.A.; condenando a ambas Administradoras, a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; igualmente, ordenó a COLPENSIONES, tener como afiliada a la actora, recibir los dineros provenientes del RAIS, y actualizar la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCION.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, argumentó que, la decisión apelada, desconoce la afiliación que la actora, realizó con esa AFP, por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado inicialmente efectuado a través de DAVIVIR; cuando la demandante, ratificó con la afiliación a PORVENIR, su voluntad de permanencia en el RAIS; no comparte, que se le reste valor probatorio al formulario de afiliación suscrito inicialmente por la actora, con DAVIVIR, pues, qué otro medio puede servir de prueba para certificar ese deber de información, si la ley, en ese momento no exigía documentar la asesoría, sino que bastaba simplemente con la voluntad del afiliado, plasmada en el formulario; advierte que, no se demostró ningún vicio en el consentimiento y por ende, no podía declararse la ineficacia del traslado de régimen pensional; tampoco comparte la condena relacionada con la devolución de los gastos de administración, que indica no fueron objeto del debate probatorio y en todo caso, de trata de deducciones autorizadas por la Ley 100 de 1993, que se encuentran reflejadas en los rendimientos que se obtuvo a favor de la demandante, producto de su buena gestión y respecto de los cuales debería prosperar la excepción de prescripción, por tratarse de rubros que no cubren directamente el derecho pensional.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, dijo que, su inconformidad, se limitaba únicamente al tema de trasladar a COLPENSIONES los costos de administración y la cuota por seguros previsionales, pues, desde el 2003, trasladó todos los dineros que se encontraban en la cuenta individual de la actora, a la AFP PORVENIR S.A.; que los gastos de administración se encuentran divididos en dos grupos, los costos de administración y la prima de seguro previsional y se trata de descuentos autorizados en la Ley 100 de 1993, que faculta a las AFP, para realizar la deducción del 3% sobre el 16% de los aportes realizados por los afiliados al Sistema General de Pensiones, los cual opera en ambos regímenes, es un producto de la gestión realizada por la AFP, que se reflejan los rendimientos que obtuvo la demandante, en su cuenta de ahorro individual; además la prima del seguro previsional ya fue girada a una aseguradora, y, mal puede pedir la devolución de esas sumas, para trasladar las COLPENSIONES, toda vez que en este caso la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el negocio suscrito entre la demandante y la Administradora de pensiones; además, que respecto de esos conceptos opera la prescripción, ya que no contribuye directamente a la prestación económica por vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en la confirmación de la providencia porque la parte demandante Colpensiones solo se limitó a dar información parcializada respecto del fondo de pensiones al cual se trasladaba la demandante, la demandante, no obstante, haber dado una información escueta a la actora, dejó de referir aspectos muy importantes como la diferencia entre un régimen pensional y el otro, así mismo como consecuencia de la falta de asesoría por parte de protección durante el integro en que estuvo afiliada la actora, en el presente caso nos encontramos frente a un supuesto negativo de carácter indefinido. Entre tanto, COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. Habiéndose verificado los requisitos previstos en la ley. Por último, PORVENIR S.A. pretende que se revoque el fallo en relación a que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto.

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCION y la AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente

demostrar la asesoría plena brindada por parte de PROTECCION; y iii) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre

de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

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

En este sentido, al plenario se allegó formulario de solicitud de vinculación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS DAVIVIR, suscrito el 25 de noviembre d 1995 (fl. 40 y 201); solicitudes radicadas ante la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, a efectos de obtener la nulidad del traslado de la demandante (fls. 43-52);

reporte de semanas cotizadas por la actora en COLPENSIONES (fls.54-64); respuesta negativa de la AFP PORVENIR S.A., a la nulidad del traslado (fl.65); historia laboral consolidada de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 66-73); simulación de valor de la mesada pensiones en el RAIS y en el RPM (fls. 74-80); comunicación dirigida por la demandante, a su empleador el 25 de noviembre de 1995, informando el cambio de traslado de regimen pensional (fl. 202); reporte del estado de cuenta de la actora en PROTECCION (fls. 203-205); consulta SIAF (fl.206 y 285); formulario de solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A., diligenciado el 24 de octubre de 2003 (fl. 295); relación histórica de movimiento de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 296-311).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, indicando que, para 1995, un asesor de DAVIVIR, les dio una información grupal, donde les dijo que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, entonces, para no perder el dinero, lo mejor era trasladarse a los nuevos Fondos privados, donde sus pensiones iban a ser mejor, porque el dinero, se pondría en otros lugares para ganar rentabilidad y se podrían pensionar antes de la edad legal; que la reunión sólo duró unos 20 minutos, no lo explicaron los requisitos para pensionarse de manera anticipada en el RAIS, tampoco le hablaron de aportes voluntarios, ni bono pensional, no tuvo la oportunidad de formular preguntas, ni posteriormente buscó la asesoría de las Administradoras; dijo no recordar la suscripción del formulario para cambiarse a la AFP PORVENIR S.A., ni menos aun haber recibido asesoría de esa Administradora, pues, ella sólo hizo un cambio.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS DAVIVIR hoy PROTECCION obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUCILA MORALES HERNÁNDEZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el

desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS DAVIVIR hoy PROTECCION, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS DAVIVIR hoy PROTECCION, el 25 de noviembre de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que los posteriores cambios de Administradora, a la AFP PORVENIR S.A, el 24 de octubre de 2003, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no*

implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”.

De otra parte, dado que los apoderado de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION, se muestran inconformes con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, “*si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones” (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).*” (Negrilla fuera de texto)

Por último, en relación con la excepción de prescripción, que consideran los recurrentes debe declararse respecto de los gastos de administración, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la

obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Los anteriores argumentos, resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUCILA MORALES HERNÁNDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

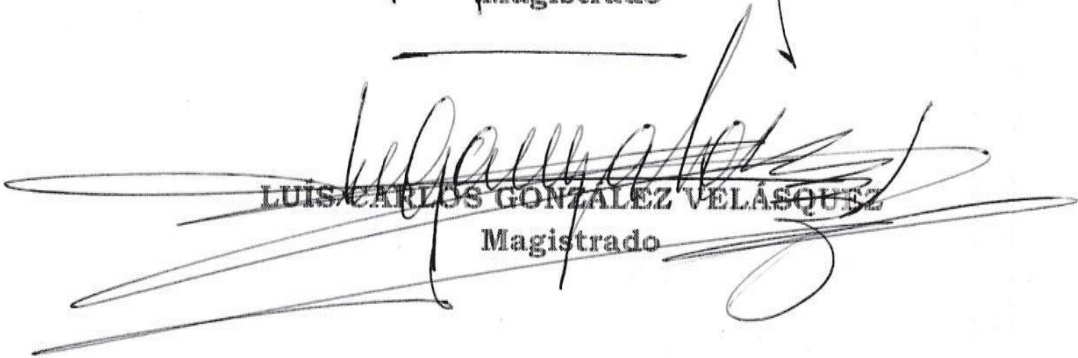
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de cada una y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105033202000439-01

En Bogotá D.C., hoy tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderado de las demandadas, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 15 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALBA MARLENE MAYORGA PEDRAZA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- a la doctora Claudia Liliana Vela y como apoderada sustituta a Angy Graciela Castellanos Duran, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 7 al 1o

ANTECEDENTES

ALBA MARLENE MAYORGA PEDRAZA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, previa declaración de nulidad de su traslado al RAIS, efectuado inicialmente a través de la AFP PORVENIR S.A., así como su posterior afiliación a PROTECCION; se condene a PORVENIR S.A. y PROTECCION a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y bonos pensionales; que, se ordene a COLPENSIONES, realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado aprobado el primero de diciembre de 1999 así como recibirla sin solución de continuidad; también que, se ordene lo ultra y extra petita y las costas del proceso

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 19 de julio de 1965; que, se afilió al sistema general de pensiones el 21 de enero de 1988, pero, el primero de diciembre de 1999 se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., y posteriormente a PROTECCION; decisión que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de las administradoras privadas que la recibieron, razón por la cual su consentimiento no fue libre y voluntario; destacándose por la indebida y nula información que le suministraron para convencerla del cambio de régimen pensional, evidenciándose un engaño; que, nunca le informaron acerca de la imposibilidad de retornar al RPM, cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; que, el 31 de mayo del 2018, le solicitó a la AFP PORVENIR y a PROTECCIÓN, la nulidad de su traslado e igual petición elevó ante COLPENSIONES, el 1 de junio del mismo año (fls. 5-16 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica.

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de octubre de 2020, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, junto con las afiliaciones efectuadas dentro de dicho régimen, debiendo, para todos los efectos legales entenderse como efectivamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES; igualmente, ordenó a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, comisiones y cuotas de administración generados durante el periodo de afiliación a su cargo; ordenar a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCON, pagar las diferencias que se llegaran a causar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM; por su parte COLPENSIONES, debe recibir el traslado de dichas sumas de dinero, reactivar su afiliación y realizar las gestiones necesarias para obtener el pago de las diferencias entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION.

Al respecto, consideró el a-quo, que, de acuerdo al material probatorio allegado al proceso, no se advierte que, a la demandante, se le haya dado información alguna tendiente a que se le indicaran las consecuencias de su traslado, independientemente de cuáles fueran ellas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia apelada, debiendo dársele el valor probatorio correspondiente al formulario de afiliación; que, frente al deber de información, existe una tergiversación interpretativa ante dicha obligación por parte de los Fondos de pensiones, pues, pues no existe certeza respecto a qué debe entenderse por una información clara, precisa y de fondo, máxime cuando dentro del plenario se encuentra plenamente demostrado que se cumplió con dicha obligación no solo con la documental allegada, sino con la respuestas dadas por la

demandante, al absolver interrogatorio de parte; que, además tampoco resulta procedente la devolución de diferencias, ni gastos de administración y todas comisiones que hubiere recibido durante el tiempo que la actora estuvo afiliada a la AFP PORVENIR S.A., de 1999 a 2004, ya que, estos conceptos no se encuentran relacionados dentro del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, comoquiera que, estos conceptos no están destinados a financiar la pensión de vejez del afiliado; generando un enriquecimiento sin justa causa, a favor de un tercero, que no intervenido en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y esa AFP

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, manifestó su inconformidad, sólo en lo relacionado con la orden de devolver los valores correspondientes a gastos de administración y el valor descontado por seguro previsional, por tratarse de descuentos autorizados por la ley, producto de la buena gestión realizada por esa Administradora, en aras de obtener los mejores rendimientos frente a los aportes efectuados por la demandante; que, dichos dineros ya no se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues, fueron empleados para la administración de la misma y lo correspondiente al seguro previsional, girado, mes a mes, a una aseguradora para cubrir los siniestros de vejez, invalidez o muerte y mal podría exigírsele a la aseguradora la devolución de esos dineros, cuando se trata de tercero, que actuó de buena fe; dijo que, condenarla a pagar las diferencias entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM, es desconocer las diferencias propias de cada régimen; y que, si la consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado es regresar todo al estado inicial, no tendría entonces por qué devolver rendimientos, ni gastos de administración, ya que, al no tener una cuenta de ahorro individual, los mismos no se generaban.

Finalmente, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, indicó que, señalando que, si bien esa Administradora, no fue condena, si se ordenó que realizara las gestiones necesarias para obtener el pago de los perjuicios ocasiones con el traslado de la actora al RAIS, lo que considera, no puede calcularse en este momento, pues, son proyecciones a futuro; considera que, no se puede invertir la carga de la prueba, para dejarla en cabeza de las Administradora privadas de pensiones, pues, la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral dela Corte Suprema de Justicia, en ese sentido, se aplica a personas que tienen unas condiciones específicas, como expectativas legítimas, que se encontraban en el régimen de transición, estaban próximas al reconocimiento del derecho pensional o que se les causó un daño grave a los mismos, particularidades que no se cumplen en el presente caso, de ahí que, era la demandante, quien estaba en la obligación de probar que no se cumplió con el deber de información o que acaeció alguno de los vicios del consentimiento, lo que no se advierte de las pruebas recaudas en el proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) a quién correspondía la carga probatoria, respecto al deber de información al momento del traslado de régimen pensional de la actora; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; y, iii) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado

N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, de acuerdo a lo señalado por el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

su decisión sea concreta y real.

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

Al respecto, milita en la plenaria certificación de traslado a otro fondo, expedida por COLPENSIONES, donde consta, donde consta el cambio de régimen pensional de la actora al RAIS, el 1 de diciembre de 1999 (fl. 19 PDF); reporte de semanas cotizas en COLPENSIONES (fls. 21-26 PDF); formulario presentado por la demandante, el 1 de junio de 2018, para retornar a COLPENSIONES y la respuesta negativa dada por esa Entidad (fls.27-32 PDF); certificación de afiliación y traslado de aportes, expedida por la AFP PORVENIR (fl. 43 PDF); relación histórica de movimientos en la cuenta de ahorro individual de la actora, en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 45-49 PDF), certificación de afiliación a PROTECCION (fl. 53 PDF); historia labora de la actora, en PROTECCION (fls. 55-62 PDF); formulario de afiliación a PORVENIR S.A., suscrito el 12 de octubre de 1999; consulta SIAF; solicitud de vinculación al Fondo Obligatorio de Pensiones Santander, suscrito el 25 de junio de 2004, con efectividad a partir del 1 de agosto de 2004; reporte de estado de cuenta de la actora ante PROTECCION.

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, donde informó que el 12 de octubre de 1999, una asesora de la AFP PORVENIR S.A., la llamó a su oficina para ofrecerle la afiliación al Fondo Privado de pensiones, seguidamente se dirige a la oficina, donde la asesora diligencia un formato, de acuerdo a la información que ella le dice y le va pidiendo y finalmente se hace la firma con una equis en el sitio donde debía firmar; que, la asesora le dijo que el Instituto de Seguro Social, estaba atravesando por una situación inestable, no se encontraba en buenas condiciones financieras, lo cual podía poner en riesgo su pensión; además, que, iba a tener otras ventajas como pensionase antes de cumplir la edad, con una pensión mucho mejor; que, no le hablaron de una cuenta de ahorro individual, confió en el argumento expuesto por la asesora, respecto a que su dinero iba a estar más seguro; refiere que, la asesoría telefónica y presencial, sólo duró 5 minutos, que recibió algunos extractos, pero, la información no era de fácil comprensión, pidió explicación, sin

embargo, en la AFP le indicaron que en el documento se encontraba todo claro; en relación con su cambio de Administradora a PROTECCION, igual que para su traslado inicial, le hicieron una llamada telefónica, donde un asesor le informó que estaba en la recepción de la empresa, haciendo el traslado de afiliados al Fondo del Banco Santander, que tenía -algunas garantías adicionales por pertenecer a una Entidad Financiera, y podía acceder a préstamos con mayor facilidad; no hubo acompañamiento por parte de las Administradoras privadas, se sintió engañada y la mesada pensional, nunca será superior a la que podría obtener en el RPM.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, y que, de acuerdo a lo manifestó por la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., es un requisito sine qua non del traslado, a través del cual se materializa el deber de información y asesoría, ha de decirse que tal documento, resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la demandante, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017,

CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a la AFP PORVENIR S.A., el 12 de octubre de 1999, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la Primera Instancia, sin que sin que el posterior cambio de Administradora, el 25 de junio de 2004 a PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

De otra parte, en relación con lo manifestado por el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso, con la decisión del a-quo, al declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Finalmente, en relación con la inconformidad de la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION, en cuanto a la orden de restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, basta indicar que ninguna razón les asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ALBA MARLENE MAYORGA PEDRAZA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

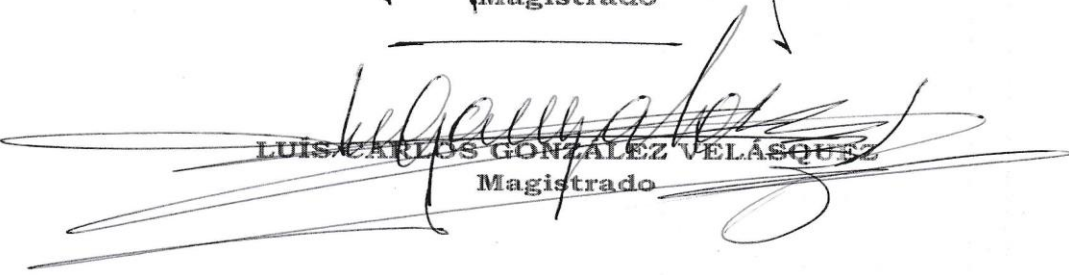
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes APF PORVENIR S.A., PROTECCION y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105020201900463-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 21 de octubre de 2020 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALBA LILIANA ARIAS TRIVIÑO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**; No sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora Claudia Liliana Vela y como apoderada sustituta a la doctora Sonia Lorena Riveros Valdés, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 11 al 15.

ANTECEDENTES

ALBA LILIANA ARIAS TRIVIÑO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que, se reconozca la ineficacia de su traslado al RAIS, o de manera subsidiaria se declare la nulidad del mismo; y, en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos y cada uno de los aportes realizados a su cuenta de

ahorro individual, incluidos aportes voluntarios y rendimiento, sin realizar ningún tipo de descuento; que, se ordene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el RPM; que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagarle la pensión de vejez, junto con su retroactivo, intereses moratorios e indexación de las mesadas pensionales; que, se le reconozca lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 19 de junio de 1962, por lo que a la fecha de presentación de la demanda ya cumplió los 57 años de edad; que, cotizó al Seguro Social desde el 26 de marzo de 1979 hasta el 26 de agosto de 1994 cuando se encontraba al servicio de BANCOLOMBIA, entidad que le manifestó a través de quien dirigía al personal en aquel entonces, que debían trasladarse a PROTECCIÓN S.A., cómo muestra de fidelidad con el Banco, sus aliados, y las sociedades que hacían parte del grupo empresarial antioqueño; fue así como se trasladó al RAIS, con la suscripción del formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A.; sin embargo ella nunca llenó los espacios del formulario limitándose únicamente a firmarlo; advierte que, no se le suministró asesoría, información oportuna, adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias de dicho cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer las ventajas y desventajas que acarrearía dicha decisión; tampoco se le realizó un estudio previo, individual y concreto, relacionado con el monto de su pensión de vejez.

Refiere que, durante su permanencia en el RAIS, nunca se le ha brindado una debida asesoría, menos aún se le ha indicado la edad mínima requerida para pensionarse en dicho régimen, ni el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para acceder a tal derecho, tampoco, se le ha indicado el capital que debía cotizar para obtener una pensión anticipada; que, nada se le dijo respecto a la posibilidad de retornar al RPM, antes de cumplir los 47 años de edad, ni durante la entrega en vigencia de la Ley 797 de 2003; que, según proyección pensional efectuada por PROTECCIÓN S.A., en diciembre de 2018 el valor de la mesada pensional sería inferior a la que recibiría en COLPENSIONES, lo que le generaría un detrimento económico.

Manifiesta que, cumple con los requisitos de edad y semanas mínimas de cotización para acceder a la pensión de vejez; y que, agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando no solo la nulidad del traslado efectuado al RAIS, sino también en cuanto al reconocimiento de la pensión de vejez (fls. 4-24 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 109-139 PDF).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica (fls.181-203 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de octubre de 2020, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS, administrado por PROTECCIÓN S.A.; igualmente, declaró a COLPENSIONES, como la aseguradora para los riesgos de vejez, invalidez y muerte, a la cual la señora ALBA LILIANA ARIAS TRIVIÑO, se encuentra válidamente afiliada; ordenó a PROTECCIÓN S.A., devolver la totalidad de los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales, si los hubiese, con destino a COLPENSIONES; que, cumplida dicha devolución, COLPENSIONES reconozca y pague a la actora, la pensión de vejez, con fundamentos en los artículos 21, 23 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha en que acredite su retiro del Sistema General de Pensiones, conforme lo establecido en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, junto con los reajustes año por año y la mesada pensional adicional; condenando en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentando que, la carga de la prueba, respecto al incumplimiento en el deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A., le correspondía a la demandante, en virtud de lo señalado por el artículo 167 del CGP., no bastando para ello la simple afirmación respecto a que no recibió la asesoría plena y necesaria para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional; advierte que COLPENSIONES, es la Administradora, más afectada con la decisión del a-quo, pues, se pone en riesgo la sostenibilidad del Sistema pensional; que, para la fecha en que se efectuó el traslado de la demandante, las AFP, no tenían la obligación de dejar constancia escrita respecto a la información, de ahí que *“nadie está obligado a lo imposible”*.

Finalmente, advierte que, la condena en costas impuesta en contra de esa Administradora, constituye un detrimento patrimonial para la Entidad, por lo que solicita que la misma sea revocada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora pide que se mantenga incólume la sentencia en primera instancia por cuanto el fondo de pensiones no cumplió con su deber legal de asesoría, de igual manera no se presentó ninguna prueba que afirme que el formulario se suscribió de manera libre y voluntaria. Por su parte, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindo la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con especial énfasis en el deber de información, la carga de la prueba respecto al mismo, y, la procedencia o no de la condena en costas, impuesta a COLPENSIONES .

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir

en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de

*la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó, historia laboral de la demandante en PROTECCIÓN S.A. (fls. 26-36 y 223-238 PDF); reporte semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls.37-40 PDF); formulario solicitud de vinculación a PROTECCIÓN S.A., suscrito el 26 de agosto de 1994 (fl. 41, 212 y 221 PDF); respuestas emitidas por las demandadas, a la solicitud de nulidad del traslado, presentada por la demandante (fls.42-50 y 213-220 PDF); expediente administrativo de COLPENSIONES; consulta SIAF (fl. 222 PDF); liquidación historia laboral Oficina de Bonos Pensionales (fls. 239-243 PDF); reporte estado de cuenta de ahorro individual de la actora en PROTECCIÓN S.A. (fls. 244-276 PDF).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el representante legal de la demandada PROTECCIÓN S.A., quien señaló que, al momento de traslado y afiliación de la demandante, a esa Administradora, a ella, al igual que a todos los afiliados, se les suministró una asesoría e

información integral relacionada con los aspectos generales del Sistema General de Pensiones, y en especial, se le indicaron las funciones y características del RAIS, de allí que de manera voluntaria y a satisfacción suscribió el formulario de vinculación, estando desde entonces válidamente afiliada a esa AFP; que, en PROTECCIÓN S.A., no obra prueba escrita de la elaboración de una proyección pensional, pero tampoco obra solicitud formal de parte de ella, para que la misma se realizara, además, para el momento de su traslado, la elaboración de dicho cálculo no era una obligación impuesta a la Administradora, para efectuar el traslado de régimen; refiere que, PROTECCIÓN S.A., siempre garantiza que los promotores tengan una preparación profesional, además continuamente sus trabajadores se encuentran en procesos formativos y de capacitación, de manera que los promotores no solo son personas idóneas, sino que a lo largo de su vinculación, se busca que estén preparados para atender las necesidades de los afiliados; que, PROTECCIÓN S.A., hace parte del mismo Grupo Económico de Bancolombia.

Por su parte la demandante, indicó que, suscribió de manera libre y voluntaria el formulación de vinculación a PROTECCIÓN S.A., aclarando que, un asesor de esa AFP, se presentó en la Oficina de Galerías del Banco, donde ella trabajaba, llevaba el formulario ya diligenciado y lo único que hizo fue pasárselo para la firma, sin una asesoría previa, ni en el momento, sino que se limitó a manifestar que era una empresa del Grupo, que había que apoyar, que, el Seguro Social, se iba a extinguir por lo que podrían perder sus ahorros; que, PROTECCIÓN S.A., era una empresa de mayor respaldo patrimonial, donde ella podía programar su pensión como deseara, con el valor que deseara; que, su ahorro podía ser heredado, mientras que, en el ISS, se iba a una bolsa común donde no hay herencia; pero no le hicieron ningún cálculo, no le explicaron las diferencias entre uno y otro régimen, no se habló nada específico sobre la ley de pensiones, ni del número de semanas cotizadas; que, en el 2002, sí recibió una asesoría por parte de PROTECCIÓN S.A., pero ya tenía cumplidos los 47 años de edad y nunca le dieron oportunamente asesoría respecto a lo que más le convenía, esto es, permanecer en el RAIS o devolverse al RPM.

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

la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada PROTECCIÓN S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 26 de agosto de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

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

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de octubre de 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ALBA LILIANA ARIAS TRIVIÑO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

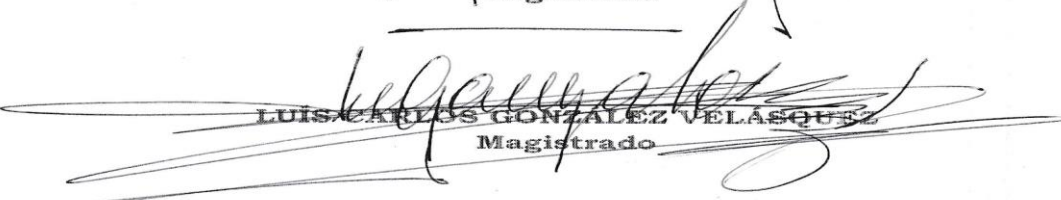
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105024201900463-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 09 de noviembre de 2020 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GUILLERMO PÉREZ ECHEVERRY** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada principal Colpensiones al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como apoderada sustituta a la doctora Martha Ximena Morales Yague, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 156 a 158; de igual manera se procede a reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal a la doctora Angelica María Cure Muñoz y como apoderado sustituto al doctor Daniel Felipe Ramírez Sánchez de Porvenir S.A, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folio 165 a 171.

ANTECEDENTES

GUILLERMO PÉREZ ECHEVERRY, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. para que, se declare la nulidad de su afiliación o traslado al RAIS, efectuado mediante formulario de vinculación suscrito con la AFP PORVENIR S.A., por haber existido un vicio del consentimiento; que, se declare sin solución de continuidad su afiliación al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los aportes y rendimientos acreditados en su cuenta de ahorro individual; que, se ordene a COLPENSIONES recibir dichos valores, y una vez cumpla los requisitos de ley, sea pensionado bajo el RPM; que, se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, inició su vida laboral en el mes de enero de 1982, y estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES hasta el primero de febrero del año 2000, cuando realizó su traslado al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A., quien a través de un asesor comercial, le efectuó una visita manifestándole que de acuerdo con su historia laboral, lo mejor era que se afiliara a esa Administradora y recibiría una mesada pensional mejor; sin embargo, ese asesor comercial, no le ofreció una información real, completa clara y comprensible, acerca de los beneficios reales y las consecuencias adversas que traería el traslado del régimen, para su futuro pensional; refiere que, nunca se le realizó un estudio o proyección del valor de su mesada pensional en uno y otro régimen; que, tampoco se le informó la posibilidad que tenía de retornar al RPM, a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, negándole la oportunidad de elegir cuál sería el mejor régimen pensional para él; que, le reclamó a COLPENSIONES, la nulidad de su traslado al RAIS, pero dicha petición le fue negada porque se encontraba a menos de 10 años de la edad para pensionarse (fls. 2-8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso 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 (fls. 50-72)

COLPENSIONES, propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominado genérica (fls. 115-129).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 09 de noviembre de 2020, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante, a la AFP PORVENIR S.A., por lo que, para todos los efectos legales, debe entenderse que nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga el demandante, en la actualidad en su cuenta de ahorro individual, o al momento de realizarse el traslado, sin realizar deducción alguna; ordenó a COLPENSIONES reactivar la afiliación del demandante, así como, actualizar y corregir su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas, sin imponer condena en costas.

Para llegar a esa decisión, consideró la Juez de Primera Instancia, que, conforme a las pruebas allegadas y practicadas en el proceso, no acreditó la AFP PORVENIR S.A., haber cumplido con el deber de información, pues, no aportó elementos probatorios que dieran fe, de haber brindado información al demandante, acerca de las características de cada régimen pensional, resultando insuficiente la suscripción del formulario, a pesar del texto preimpreso, pues, ello dan cuenta de la voluntad del demandante, pero no de la información brindada, de lo que se logra, por tanto, inferir la ausencia de un consentimiento informado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó que se revoque la totalidad de las condenas impuestas, argumentando que, esa AFP, sí cumplió con el deber de información que le asistía para con el demandante, en el año 2000, época

en la que él suscribió el formulario de afiliación, lo cual quedó demostrado en el interrogatorio de parte que rindió el actor, donde manifestó conocer las características del RAIS; que, mal puede exigírsele, que para el año 2000, esa Administradora, tuviera la obligación de cumplir con el marco legal del deber de información que fue regulado con posterioridad a dicha fecha; señala que, el deber de información es de doble vía, por tanto, el afiliación también está en la obligación de concurrir suficientemente informado al acto de afiliación, además, tampoco se acercó con posterioridad a la suscripción del formulario a solicitar ningún tipo de información; que, no procede la devolución de los gastos de administración y menos de los rendimientos, si se tiene en cuenta que la consecuencia de la ineficacia del traslado, es retrotraer las cosas a su estado anterior, donde el demandante, nunca tuvo los aportes en la cuenta de ahorro individual, y por tanto, nunca generar un rendimientos, por cuanto nunca fueron Administrados por la AFP PORVENIR S.A.; que, el acto de afiliación fue completamente valido, y se encuentra acreditada la gestión de la AFP, por lo que, mal puede ordenarse la devolución de los gastos de administración, que tienen una destinación específica, establecida en la Ley, ya se causaron, se pagaron y se extinguieron; que, esa AFP no actuó de mala fe, ni en desconocimiento de la Ley.

Por su parte, **COLPENSIONES**, indicó que, la Juez de Primera Instancia, no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que esa Entidad, es un tercero, ajeno al acto jurídico celebrado entre el demandante, con la AFP PORVENIR S.A., por tanto, no puede ser desfavorecida, ni perjudicada, y mal puede recibir al actor, pues, con ello se afecta gravemente el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones, ya que, esta condena generaría un impacto en el PIB y las reservas pensionales, al verse obligada a un futuro reconocimiento de un derecho pensional de quien estuvo fuera del sistema por más de 20 años y no contribuyó en el fondo común que provee los recursos de las pensiones en el RPM.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Colpensiones solicito revocar la decisión del fallo haciendo alusión a que el demandante no acredita los supuestos legales para que se declare la ineficacia o nulidad de traslado, Finalmente, Porvenir S.A petitiona la revocatoria del fallo por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen ya que el mismo se realizó de manera libre, voluntaria y consiente como se expresa en el formulario de afiliación, adicionalmente no se encontraba en cabeza de las AFP para ese momento el deber del buen consejo o de la buena asesoría, habiendo contado la demandante con múltiples oportunidades para RPM pero no lo hizo, sin que el factor de la mesada pueda viciar el traslado y de otra parte no se deben devolver las sumas destinadas al pago del seguro previsional y los gastos de administración

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; iii) el retorno del demandante al RPM, afecta el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social; y, iv) si procede la orden de devolución de gastos administración.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de Prima Media con Prestación Definida y el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por

*contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al Fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el Fondo de pensiones, se encuentra

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

En el presente caso, al plenario se allegó, respuesta negativa a la reclamación administrativa presentada por el actor ante COLPENSIONES (fl. 15); formulario de vinculación al fondo de pensiones obligatorias Porvenir de fecha 11 de febrero de 2000 (fl. 16); respuesta negativa dada por la AFP PORVENIR S.A. a la solicitud de nulidad de traslado (fl. 17); historia laboral consolidar el demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 18-21 y 78-84); consulta SIAF (fls. 73-74); certificación de afiliación del actor a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 75); resumen de historia laboral para liquidación de bono pensional (fls. 76-77 y 10-112); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante (fls. 85-109); expediente administrativo del actor en COLPENSIONES (CD fl.130); resumen de semanas cotizadas por el demandante en COLPENSIONES (fls.131-134).

Igualmente, al absolver interrogatorio de parte, el demandante, indicó que, era funcionario del Hospital de Yarumal, estaba corriendo el rumor, que el Seguro Social, se iba a liquidar, recibieron la visita de los asesores de la AFP PORVENIR S.A., recuerda que estaban en el consultorio, no hubo una inducción, simplemente recibió una asesora, hizo muchas preguntas, y su impresión fue que la promotora, tenía todo memorizado, parecía recientemente involucrada en el tema, que se podía pensionar a la edad que quisiera y que la pensión era heredable; que, sólo le hablaron de beneficios, pero, fue muy poca la información que le brindaron; que, recibe los extractos de la AFP PORVENIR S.A., pero se limita a verificar el valor de sus aportes; que, cuando se trasladó estaba a punto de salir del país, a realizar una especialización, y quería dejar solucionado el tema de su afiliación a pensión; que, cuando tuvo la oportunidad de retornar al RPM, tampoco se encontraba en Colombia, y la AFP, no le informó cuándo y cómo podía hacerlo.

A su vez, la representante legal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., manifestó que, los asesores que atendieron al actor, a la hora de su asesoría, era personal altamente calificado por esa AFP, en temas de Seguridad Social y pensiones, podían dar asesorías completas a los posibles afiliados; además, al momento de su vinculación, los promotores debían tener conocimientos en temas financieros y del Sistema General de Pensiones.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PORVENIR S.A., obligada en demostrar dentro del

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

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

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

proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 11 de febrero de 2000, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

De otra parte, debe igualmente indicar esta Sala, que, declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Finalmente, dado que la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto).

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en esta decisión.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **GUILLERMO PÉREZ ECHEVERRY** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, pero, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

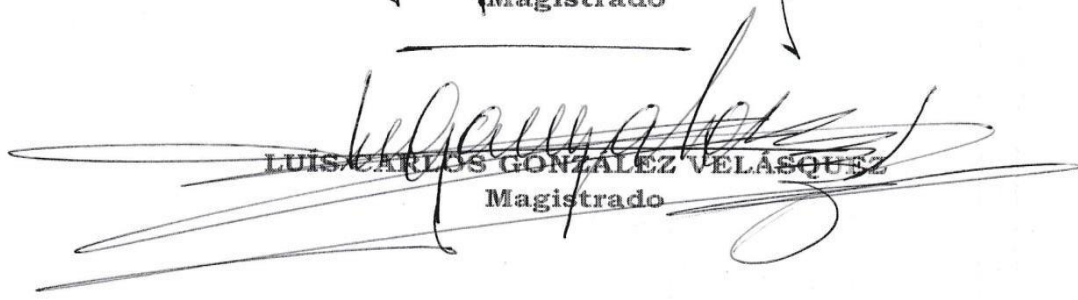
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de los recurrentes SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de esas demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105004201900512-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. , en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 19 de agosto de 2020 por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIO AUGUSTO APORTE GARCÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderado principal de la administradora colombiana de pensiones –COLPENSIONES- al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como apoderado sustituto a Jaime Andrés Zuluaga Castaño, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 260 vto al 264. Se reconoce personería adjetiva a la Dr. Angélica María Cure Muñoz en condición de abogada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S, persona jurídica que actúa en condición de apoderada especial de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y como apoderada sustituta a la Dr. Jessica Fernanda Girón Sánchez, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 269 vto al 278.

ANTECEDENTES

MARIO AUGUSTO APORTE GARCÍA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-

COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, previa declaración de nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES, el monto total de los aportes acreditados en su cuenta de ahorro individual; que, COLPENSIONES, le reconozca y pague la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, junto con el retroactivo pensional a que haya lugar, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 13 de diciembre de 1953, por lo que, al 1 de abril de 1994, tenía 40 años de edad y más del 70% de las semanas cotizadas para acceder a la pensión de vejez; que, inició su vida laboral el 2 de enero de 1974, cotizando al Instituto de Seguro Social; sin embargo, en el mes de octubre de 1994, suscribió formulario de traslado con destino a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, sin recibir ninguna asesoría, ya que, no le informaron las condiciones y requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RAIS, ni la fecha de redención de su bono pensión, la inconveniencia de trasladarse en caso particular, razón por la que, dicho cambio no estuvo precedido de la comprensión suficiente y monos del real consentimiento para adoptarla.

Refiere que, en el mes de febrero de 2000, se cambió a la AFP PORVENIR S.A., donde tampoco recibió la debida asesoría, ni se le advirtió de la posibilidad que tenía de retornar al RPM, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003; que, a la presentación de la demanda, tenía cotizado un total de 1.764 semanas, con las cuales tendría derecho en el RPM a una mesada pensional equivalente a \$6.834.616,16; que, el 6 de marzo de 2019, solicitó a COLPENSIONES, aceptar su traslado, pero su petición se negó, mediante comunicación de la misma fecha (fls. 2-12).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea al momento de la afiliación a la AFP; inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A.; ejercicio oportuno al derecho de retracto en el año 1994, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; 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; prescripción, buena fe por parte de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., compensación y la genérica (fls. 51-57).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso 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 (fls. 83-106).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la innominada o genérica (fls.166-179).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de agosto 2020, el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación que hiciera el demandante, al RAIS, administrado por PROTECCIÓN, para tenerlo como válidamente afiliado a COLPENSIONES; condenando a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor, con todos sus rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; adicionalmente, condenó a COLPENSIONES al reconocer al demandante, la pensión de vejez, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, aclarando que el disfrute efectivo de la misma se hará a partir de la fecha de su desafiliación del Sistema, teniendo en cuenta para su liquidación hasta la última semana efectivamente cotizada para el riesgo de vejez, en el porcentaje del 90%, y, teniendo en cuenta un salario base de liquidación de toda la vida o por los últimos 10 años , dependiente de cuál le sea más favorable, pagándole los ajustes de ley, año a año, debidamente indexada; absolvió de las demandas pretensiones a las demandas; sin costas en la Instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, argumentando que el formulario de afiliación del demandante, a COLMENA hoy PROTECCIÓN cumplía con los presupuestos legales, y contiene una manifestación clara, completa y voluntaria del actor, para pertenecer al RAIS, lo cual incluso fue ratificado con su traslado a la AFP PORVENIR S.A.; lo que además quedó plasmado en el interrogatorio de parte, donde el demandante, manifestó que sí conoce el RAIS, fue debidamente informado por los asesores de COLMENA, sabía que tendría una cuenta de ahorro individual, conocía los rendimientos y fondos de inversión, que estuvo en uno de riesgo alto y ante rendimientos negativos hizo el cambio a uno de menor riesgo; que, para la fecha de su traslado, no existía la obligación del deber de información en los términos que reclama el actor, en la demanda; tampoco comparte la orden de devolución de los gastos de administración, pues, la AFP PORVENIR S.A.,

no realizó el traslado de régimen pensional del demandante, lo recibió de otra AFP, cumplió con su gestión en la administración de la cuenta de ahorro individual y es por ello que tiene derecho al cobro de dichos gastos; y tampoco podría devolver lo correspondiente a los seguros previsionales, pues es dinero, que oportunamente se trasladó a la respectiva aseguradora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el actor solicita la confirmación del fallo porque no se demostró que le explicaran las implicaciones de dicho traslado relacionado con las diferentes modalidades de pensión. Entre tanto, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. peticionan que se revoque la sentencia en cuanto a que la decisión se tomó de manera libre y espontánea al trasladarse, además no se probó que fuese por un error de información, sino que concurrió en una omisión, asimismo incurre en la prohibición estipulado en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que el 24 de julio de 2019 la demandante contaba con 58 años deviene entonces la imposibilidad de trasladarse.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP PORVENIR S.A, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN, cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; y, iv) si procede o no la orden dada a la AFP PORVENIR S.A, respecto a la devolución de gastos administración.

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado

N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

Al respecto, se allegaron a la plenaria historia laboral consolidada de la AFP PORVENIR S.A. (fls. 20-25 y 157-164); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, de donde se extrae que el actor tenía cotizadas al RPM un total de 738.43 semanas (fls. 26-27); reclamación administrativa y su correspondiente respuesta negativa (fls. 28-30); formulario de solicitud de vinculación a CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG, suscrito el 29 de agosto de 1994 (fl. 58); historia laboral para iniciar proceso de reclamación de bono pensional de fecha 28 de agosto de 1997 (fls. 59-61); estado de cuenta del actor, en PROTECCIÓN (fls. 62-64); consulta SIAF (fl. 65 y 107-110); certificado de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 111 y 143); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 112-142); resumen de historia laboral para efectos de bono pensional (fls. 145-152); formulario de afiliación y traslado a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS, diligenciado el 24 de febrero de 2000 (fl. 165).

Igualmente, dentro del curso del proceso, el demandante, absolvió interrogatorio de parte, manifestando que, para el año 1994 trabajaba en una aseguradora ubicada en el mismo edificio de la Bolsa de Bogotá, que unos asesores de COLMENA, llegaron a la oficina, hablaron de la quiebra del Seguro Social, que no iba a poder subsistir, que no servía para nada, y les dijeron que se pasaran al RAIS, porque se iban a quedar sin nada, que respecto a la afiliación en salud, de recomendaron tomar una póliza de hospitalización y cirugía, y para la pensión, debía trasladarse al RAIS, donde iba a poder administrar su propio dinero, porque ya no lo manejaría una entidad pública, y que, entre más ahorrara, más pensión iba a recibir; que, no hubo una reunión, simplemente firmaron el formulario; que, se cambió en el año 2000 a la AFP COLPATRIA, porque la compañía donde comenzó a en esa época, tenía todos los fondos y era requisito afiliarse a esa Administradora; acepta que firmó los formularios de traslado al RAIS, de manera libre, pero siguiendo una información falsa; que, solo le dio al asesor su nombre completo, dirección y salario; acepta que fue su error no haber leído lo ley y confirmar en la información dada por el asesor comercial, cuando firmó el formulario de traslado; que, hizo aportes al fondo DAVIVIR,

para obtener una ventaja tributaria, lo dejó un año y luego cuando lo fue a sacar no vio ninguna ventaja, entonces no continuó haciendo ese ahorro.

Por su parte, la representante legal de PROTECCIÓN, informó que, para 1994, los asesores de COLMENA eran personas totalmente capacitadas, que tenían la directriz de dar información pertinente respecto al cambio de régimen, sus ventajas y desventajas y todo lo que ello implicaba; que, la información brindada para esa época era verbal, por lo tanto, el único soporte era la solicitud de vinculación, suscrita por el demandante.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, y que, de acuerdo a lo manifestó por la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., es la materialización de la información y asesoría brindada oportunamente, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN, el 29 de agosto de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la Primera Instancia, sin que los posteriores cambios de Administradora, a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS, el 24 de febrero de 2000, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Finalmente, dado que la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

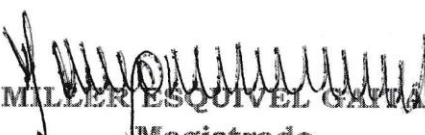
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de agosto de 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARIO AUGUSTO APONTE GARCÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

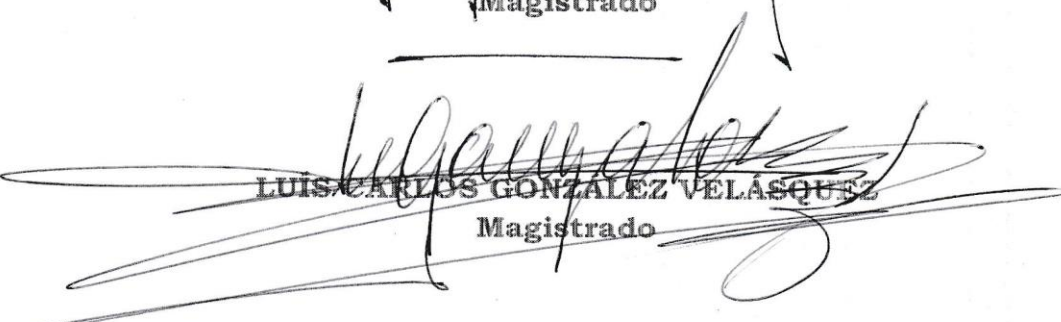
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105011201800522-01

En Bogotá D.C., hoy tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 02 de octubre de 2020 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CESAR AUGUSTO CUESTA ROMERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. Claudia Liliana Vela y como apoderado sustituto al Dr. David Ricardo Guillen Roríguez en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 254 a 266. Así mismo se reconoce como apoderada de PORVENIR S.A a la Dra. Paula Huertas Borda conforme la escritura y el certificado de Cámara de Comercio de folios 268-275. Por último, se reconoce personería a la Dra. Claudia Andrea Cano González como apoderada de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A de acuerdo a la documental de folios 282 a 287.

ANTECEDENTES

CESAR AUGUSTO CUESTA ROMERO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS, así como de los distintos cambios de Administradora de pensiones, dentro de dicho régimen; en consecuencia que se condene a OLD MUTUAL a enviar el valor de los saldos o aportes pensionales que se hallan consignados en su cuenta de ahorro individual, junto con los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales; que, se condene a COLPENSIONES a aceptar su retorno al RPM, recibiendo los aportes, rendimientos financieros y cobros de administración, aceptándola como si nunca hubiera existido un traslado de régimen; que se reconozca lo ultra y extra petita así como las costas de agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, inicialmente cotizó al RPM, luego se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., que realizó de manera equivocada, por la información errada brindada por los asesores de esa AFP, quienes le informaron que no perdería los beneficios pensionales del RPM, nunca le suministraron información idónea para tomar dicha decisión, no le realizaron una eventual simulación o comparación del valor de su mesada pensional en uno y otro régimen; que, posteriormente se cambió a la Administradora OLD MUTUAL; sin embargo su permanencia en el RAIS, le genera una situación de inconveniencia, para adquirir su derecho pensional, por cuanto lesionaría la calidad de vida, el derecho a la dignidad humana y su mínimo vital, ante un empobrecimiento de su poder adquisitivo; que, le solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado de régimen pensional, recibiendo respuesta negativa (fls. 2-16).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 57-83).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (fls.89-112).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso 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 (fls. 168-190).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de octubre de 2020, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante, a la COLPATRIA hoy AFP PORVENIR S.A., e igualmente señaló que para todos los efectos legales el actor, nunca se trasladó al RAIS, y por tanto, siempre permaneció en el RPM; condenó a OLD MUTUAL, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señor CUESTA ROMERO, tales como cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, gastos de administración, sumas adicionales con intereses o rendimientos, que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del CC; ordenó a COLPENSIONES admitir el traslado del actor, con sus aportes; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas OLD MUTUAL y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., indicó que, en el presente caso no existe fundamento fáctico para declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, teniendo en cuenta que de lo expuesto en el debate probatorio, se logró verificar que éste contó con la información necesaria y suficiente para construir una decisión informada y así consolidar su decisión de trasladarse de régimen pensional, así las cosas es claro que no existió engaño o falsa promesa respecto de su futura mesada pensional, pues, desde el inicio conocía el actor la forma en que se financiaría su pensión; que, la notificación del demandante para retornar al PRM, no es la supuesta falta de información, sino es un motivo netamente económico; que, durante todo el tiempo ha estado afiliado al RAIS, las administradoras han cumplido con sus deberes profesionales, lo que se encuentra reflejado en los rendimientos que se encuentran en su cuenta de ahorro individual; que, la inversión de la carga de la prueba es desproporcionada, teniendo en cuenta que para las fechas de afiliación, las

AFP no tenían la obligación de documentar la información suministrada de manera verbal, asesoría que no puede desconocerse, sólo por el hecho de no tener un soporte escrito de la misma, siendo el formulario de afiliación, el único documento obligatorio y exigido para la validez de la traslado; que, los gastos de administración, está destinada a retribuir la gestión adelantada por la Administradora y que se ve reflejada en los rendimientos obtenidos a favor del demandante, además, esos valores no son parte del aporte pensional del afiliado y ordenar su devolución es generar un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido a favor de COLPENSIONES, quien no ejecutó ninguna gestión sobre los aportes pensionales del actor; además, las sumas adicionales, en caso de haber ocurrido un siniestro al haber, se habría atendido con la póliza de seguro cancelada con estos valores.

Por su parte, **COLPENSIONES**, indicó que, la decisión de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, pues, sería el patrimonio público, quien entraría a pagar un posible derecho pensional a el demandante, sin que ésta haya contribuido al fondo común y ni siquiera bastará para cubrir su propia pensión; pide que, en caso de confirmar la decisión de Primera Instancia, se considere la realización de un cálculo actuarial, a cargo de la Administradora, responsable del vicio o el demandante, para soslayar la descapitalización del Sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicitó la confirmación del fallo de primera instancia recordando que la carga de la prueba frente al adecuado asesoramiento está en cabeza de la AFP, debiendo ser la información proporcionada completa, adecuada y suficientemente atendible y comprensible. Entre tanto COLPENSIONES, PORVENIR S.A y SKANDIA S.A insistieron en la revocatoria de la sentencia precisando que el demandante está incurso en la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003 para retornar al RPM, no acreditó ningún vicio en el consentimiento, diligenció de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, además que su traslado descapitalizaría el sistema, sin que sea procedente la devolución de los gastos de administración y de lo pagado por concepto de prima de seguro previsional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con especial énfasis en el deber de información, la carga de la prueba, la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y la procedencia o no respecto a la devolución de los gastos de administración, por parte de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

Debe de forma adicional, estudiarse que la carga de la prueba, que le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo

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

En el presente caso, al plenario se allegó, reclamaciones presentadas por el demandante ante OLD MUTUAL y COLPENSIONES, solicitando la nulidad de su traslado con las respectivas respuestas negativas (fls. 17-26); formulario de afiliación al fondo de pensiones obligatorio SKANDIA diligenciado el 11 de junio de 2003 (fl. 27 y 113); historia laboral consolidada en OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS (fls. 29-31 y 129-133); estado de cuenta del fondo de pensiones obligatorias del demandante en OLD MUTUAL (fls. 114-128); liquidación de historia laboral para bono pensional (fl. 134-136); expediente administrativo del actor en COLPENSIONES (CD fl. 139); certificación de afiliación y traslado de valores expedida por la AFP PORVENIR S.A. (fl. 191); solicitud de afiliación y traslado al Fondo de Pensiones COLPATRIA, de fecha 17 de diciembre de 1998 (fl. 192); historia laboral consolidada en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 193-195) relación histórica de movimientos de la cuenta ahorro individual en la AFP PORVENIR S.A. (fl. 196).

Igualmente, dentro del curso del proceso, el demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, una persona que tenía una relación familiar con la empresa donde se encontraba trabajando en 1998, fue a su lugar de trabajo para explicarles, por qué era bueno pasarse a la Administradora privada de pensiones, en esa ocasión les indicó que el Seguro Social se iba a acabar, que los recursos no iban a quedar respaldados y se iban a perder, que la mesada pensional podía ser igual o mayor a la que le podrían corresponder en el RPM, y que, en caso de fallecimiento, el dinero que tuviera en el fondo se le daba a la familia, que, tendría unos rendimientos sobre lo que aportaran al fondo de pensiones; que la asesoría fue grupal y luego cada uno de los participantes firmó el formulario de afiliación; que, sólo le pidieron la cédula y los datos personales para diligenciar el formulario, que firmó de manera libre y voluntaria; que, ha recibido extractos de su cuenta de ahorro individual; que, cuando cumplió los 62 años, se acercó a una oficina de SKANDIA, para averiguar el trámite para el reconocimiento de su derecho pensional, y se llevó la sorpresa que el valor otorgado sería inferior a sus ingresos, y le pidió a esa AFP, de acuerdo a lo informado al momento de su traslado que le aumentara el valor de la mesada pensional, para cubrir sus necesidades, pero le informaron que no tenía ese derecho, que sólo tendría derecho a una pensión por 20 años de \$1.400.000, y que, si los recursos no alcanzaban para cubrir más allá de este tiempo la pensión de vejez, lo pasaban a una aseguradora y allí le seguirían pagando, pero no le contestó nada; que, se cambió a OLD MUTUAL, porque el gerente de la empresa donde trabajaba le dijo que ese era un mejor fondo y además, los extractos de COLPATRIA, que luego pasó a ser HORIZONTE, nunca los comprendió, se cambió y confió en el fondo, pero, cuando indagó sobre el promedio de

su pensión, no le daban información, le decían que tenía que esperar a la edad, nunca le dijeron cuánto sería el valor de su pensión; que no tuvo tiempo para elegir entre distintas fondos, en esa época estaban iniciando y no había mucha información.

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

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

informadas.

De ahí que, existió error de hecho cuando COLPATRIA hoy AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a COLPATRIA hoy AFP PROTECCION S.A., el 17 de diciembre de 1998, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que el posterior cambio de Administradora, a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., el 11 de julio de 2003, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Tampoco considera esta Sala que, declarar la ineficacia del traslado del actor al RAIS, desconozca los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales; razón por la que, tampoco resulta procedente acceder a lo solicitado por COLPENSIONES, en relación con la elaboración de un cálculo actuarial a costa de la AFP PORVENIR S.A. o del demandante, para soslayar la descapitalización del Sistema, pues, advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 28667 del 29 de julio de 2002: *“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que*

se generen erogaciones no previstas.”

Finalmente, dado que el apoderado de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto).

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de octubre de 2020, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CESAR AGUSTO CUESTA ROMERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL**

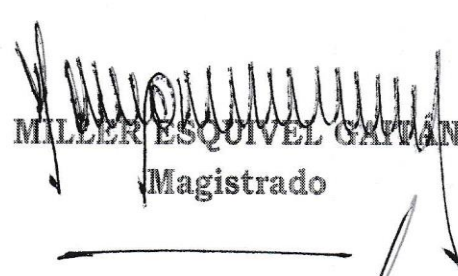
PENSIONES Y CESANTIAS S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

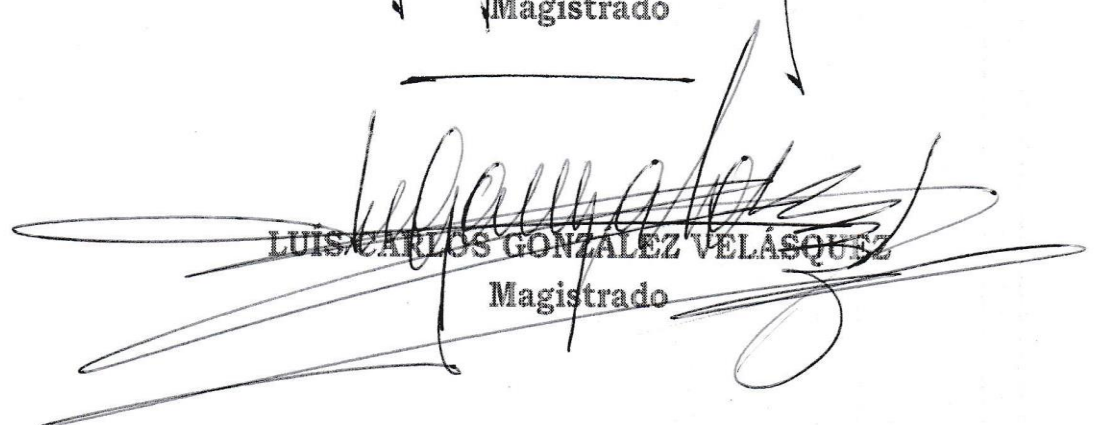
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105021201900576-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de PROTECCIÓN y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 02 de octubre de 2020 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS ALBERTO CALDERÓN TRUJILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada sustituta de la administradora colombiana de pensiones –COLPENSIONES- a la doctora Liseth Dayana Galindo Pescador en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 407 al 413.

ANTECEDENTES

LUIS ALBERTO CALDERÓN TRUJILLO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que, se declare la nulidad por ineficacia de su afiliación y traslado al RAIS; y, en consecuencia de ello, ordenar a PROTECCIÓN S.A., devolver a COLPENSIONES todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos

pensionales, con los rendimientos que se hubieren causado, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir, con su patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del artículo 963 del C.C.; que, se ordene a PROTECCIÓN S.A., en caso de haber otorgado con anterioridad el derecho pensional, continúe pagando el mismo hasta tanto sean trasladados todos los recursos a COLPENSIONES y sea incluido en nómina de pensionados; que se declare y conceda todo lo ultra y extra petita, así como las costas procesales, incluyendo las causadas por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas, incidentes o nulidades de ser propuestas por las demandadas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de marzo de 1983 y hasta el 30 de diciembre de 1994, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a PROTECCIÓN S.A., quien a través de su representante o promotor, solamente se limitó a diligenciar un formato preestablecido, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, frente a las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPM, así como sus implicaciones económicas.

Refiere que, al momento de su traslado de régimen pensional, PROTECCIÓN S.A., no le entregó proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de su pensión en uno y otro régimen, tampoco le informó cuál tabla de mortalidad de rentistas utilizaba para realizar las proyecciones pensionales, no le indicó hasta qué edad debía cotizar y con qué salarios, para hacerse acreedor del beneficio pensional, no le entró información acerca del capital necesario para obtener una pensión con garantía de salario mínimo, ni le dijo nada sobre las implicaciones de tener una familia; que, menos aún se le informó sobre la posibilidad de retractarse de la afiliación, limitándose a publicar información que faltaba a la verdad como que se podía pensionar a más temprana edad, que la mesada pensional sería más alta, que el capital ahorrado iba a tener un rendimiento financiero que le permitiría tener una mejor pensión, y que, el ISS iba a desaparecer, quedando en riesgo sus aportes para pensionarse.

Indica que, en el RAIS, el valor de su mesada pensional sería de aproximadamente \$1.814.264, mientras que, en RPM, ascendería a \$3.371.654; por lo que de permanecer en PROTECCIÓN S.A., le acarrearía un grave perjuicio y la pérdida de cerca de \$1.557.390 mensuales. Que, solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado al RAIS, sin obtener una respuesta favorable al respecto (fls. 1-34)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del Sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada y genérica (fls. 251-267).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al RAIS (fl. 293-304).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de octubre de 2020, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante; en consecuencia, declaró al actor válidamente vinculada al RPM, administrado por COLPENSIONES; condenó PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado concediendo para ello el término de un mes; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante, en el RPM, y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, en el presente caso, si bien el demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó conocer algunas de las características del RAIS, como la posibilidad de obtener rendimiento y pensionarse anticipadamente, éstas no resultan suficientes para demostrar que PROTECCIÓN S.A., al momento de su traslado de régimen

pensional, cumplió con la obligación de suministrarle información clara, veraz y oportuna acerca de las implicaciones que tendría esta decisión en su futuro pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, indicó que, el formulario de afiliación es un documento al cual no se le puede restar valor probatorio, pues, la información que se brindaba al momento de su suscripción se daba de manera verbal y su suscripción era el único requisito principal, para la época; que, el demandante, aceptó en el interrogatorio de parte haber recibido información de parte de esa Administradora, y que, posterior a ello suscribió el formulario de afiliación, lo que prueba la asesoría dada previo el traslado del demandante al RAIS; que, el actor está incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, ya que está a menos de 10 años para pensionarse; que, esa AFP brindó reasesoría al actor y fue él, quien no cumplió con sus deberes como consumidor financiero, de cerciorarse e informarse acerca de los productos que tenía con esa Administradora; que, el señor CALDERÓN TRUJILLO realizó aportes voluntarios e hizo un retiro de los mismos, lo que demuestra el conocimiento del demandante, de las características del RAIS.

Que, durante todo el tiempo que el actor, estuvo afiliado a PROTECCIÓN S.A., esa AFP cumplió con la administración del dinero depositado en su cuenta de ahorro individual, por lo que, en virtud de las restituciones mutuas, contempladas en el artículo 1746 del C.C., debe entenderse que, aun cuando se declare la ineficacia del traslado y se haga la ficción de que nunca existió dicho contrato, no se puede desconocer que por la gestión de PROTECCIÓN S.A., se generaron unos frutos, de ahí que debe conservar lo correspondiente a gastos de administración, de lo contrario se generaría un enriquecimiento sin causa para el demandante, quien no solo recibe el capital, los rendimientos, sino también el valor de lo que corresponde a esa Administradora, por su buena gestión. Además, en cuanto al reintegro de las sumas de dinero correspondientes al seguro provisional, que esa AFP, no está facultada para exigirle la Aseguradora correspondiente su devolución, pues, se trata de un tercero.

Por su parte, **COLPENSIONES**, advierte que, el demandante no es beneficio del régimen de transición, que es la condición única que le permite a un afiliado retornar al RPM en cualquier momento; que, cuando se permite a un afiliado retornar en cualquier momento al RPM, sin cumplir los requisitos legales, esto podría ocasionar un desfinanciamiento del Sistema General de Pensiones; que, de llegarse a confirmar la sentencia proferida, se adicione la sentencia apelada. Autorizando a COLPENSIONES, adelantar las

gestiones pertinentes, tendientes a resarcir los daños ocasionados en el momento del reconocimiento del derecho pensional a favor del actor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito la revocatoria del fallo por cuanto la demandante no cumplía con el requisito de las 750 semanas de cotización o los 15 años de tiempos de servicios encontrándose inmersas de la prohibición legal para retornar al RPM, además que no era beneficiaria del régimen de transición ni tampoco hizo uso del derecho de retracto, contando con mera expectativa, por lo tanto no se da el vicio de error, máxime cuando la nulidad no fue alegada dentro del término que se refiere el artículo 1750 CC.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCIÓN S.A. cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de PROTECCIÓN S.A.; iii) si la reasesoría brindada por PROTECCIÓN S.A., al demandante en el año 2009, tiene la capacidad suficiente para desvirtuar la falta de esa Administradora al deber de información; iv) si la declaración de ineficacia del demandante, afecta el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones, y, v) si procede o no la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó, reporte de semanas cotizadas por el demandante, en COLPENSIONES (fl. 49); reclamación presentada ante PROTECCIÓN S.A., con su respectiva respuesta (fls. 51-53): formulario solicitud de vinculación a PROTECCIÓN S.A., diligenciado el 30 de diciembre de 1994 (fl. 54, 308, 328, 330 y 355); historia laboral del actor en PROTECCIÓN S.A. (fls. 55-56, 331-346 y 356-373); solicitudes para obtener la nulidad del traslado al RAIS, radicadas ante las demandadas, junto con su contestación desfavorable (fls. 72-78 y 324); expediente administrativo del demandante, en COLPENSIONES (CD fl. 268); proyección del valor de la mesada pensional en el RPM, elaborada por PROTECCIÓN S.A., el 26 de junio de 2009 (fl. 309); formulario de vinculación al fondo de pensiones voluntarias de PROTECCIÓN S.A. con fecha 26 de enero de 2005 (fl. 311, 329); resumen de historia laboral para bono pensional (fls. 320-323); formulario certificación aporte al fondo de pensiones voluntarias por la suma de \$36.226.359 (fls. 326-327, 347); formatos de reasesoría prestada al demandante, por parte de PROTECCIÓN S.A., el 26 de junio de 2009, donde se advierte que, se le aconsejó continuar en esa AFP (fls. 348-349); proyecciones del valor de la mesada pensional en el RAIS, elaborada por PROTECCIÓN S.A. (fls. 350-351); consulta SIAF (352); respuesta petición

copia de formulario de afiliación (fl. 353-354); reporte de estado de cuenta de ahorro individual del demandante (fls. 374-387).

Por su parte, el demandante, al absolver interrogatorio de parte, indicó que, a finales de 1994, cuando él estaba recientemente vinculado a Teleantioquia, se presentó PROTECCIÓN S.A., a promocionar las afiliaciones al Fondo privado, él se interesó y le dieron una asesoría, donde le dijeron que su pensión iba a mejorar, además que, podría pensionarse antes de los 62 años de edad, sumado al descredito que rodeaba al ISS, para la época, y que, se trataba de una empresa antioqueña, le causaron plena confianza en aceptar el cambio de régimen pensional; que, la asesoría fue personal, de 15 a 20 minutos, fue verbal, se sentó con el asesor en su escritorio y luego firmó el formulario; que, le dijeron que sus aportes no iban a un fondo común, sino a una cuenta individual; que, pese a existir un formulario de afiliación al fondo voluntario de pensiones, no recuerda haberlo suscrito, no haber realizar algún aporte; tampoco recuerda que recibió una reasesoría pensional, ni que le hubieran puesto de presente las 2 alternativas de mesada pensional en uno y otro régimen, pero sí que todo el mundo siempre le indicó que ya había pasado el tiempo y no podía regresar a COLPENSIONES; que, para la fecha de su traslado de régimen pensional, no tenía conocimiento de los requisitos para pensionarse en el RPM, ni fue advertido de la posibilidad que tenía de retornar al RPM, porque de habérselo dicho hubiese regresado a COLPENSIONES.

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando PROTECCIÓN S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 30 de diciembre de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que la reasesoría dada por PROTECCIÓN S.A. al actor el 26 de junio de 2009, validara el traslado inicial, donde la AFP demandada, no cumplió, con su obligación de suministrarle suficiente, amplia y oportuna información, como se ha señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 68838 del 8 de mayo de 2019, donde se advierte:

“...si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

*En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.** Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información...” (Negrilla fuera de texto)*

Tampoco considera esta Sala que, declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, desconozca los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Ahora, dado que la apoderada de PROTECCIÓN S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, “*si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones” (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).*” (Negrilla fuera de texto)

Por otra parte, en relación con lo manifestado por la apoderada de COLPENSIONES, en su recurso, acerca de la adición de la sentencia de Primera Instancia, considera la Sala, que a la luz de establecido en el artículo 287 del CGP, no advierte, que, la decisión objeto de alzada, haya omitido resolver “*cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento*”; razón por la cual, no procede la adición solicitada.

Los anteriores argumentos, resultar suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de octubre de 2020, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUIS ALBERTO CALDERÓN TRUJILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

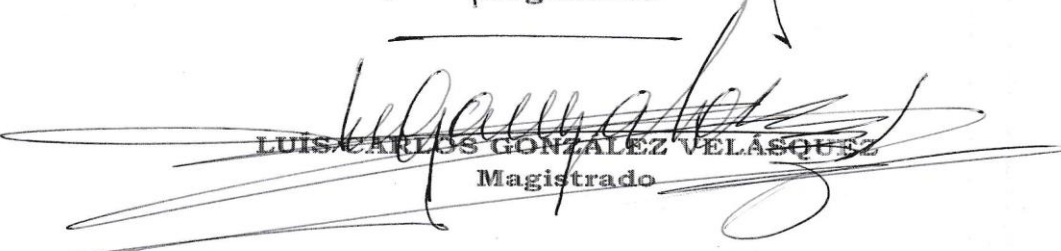
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105033201800585-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 13 de julio de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **OLGA MERY LEÓN MEJÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

OLGA MERY LEÓN MEJÍA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que, previa declaración de nulidad de su traslado al RAIS, inicialmente a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y luego con la AFP PROTECCIÓN S.A., se condene a ésta última a trasladar todos sus aportes, junto con sus rendimientos a COLPENSIONES, y que, ésta a su vez, active su afiliación al RPM y acepte su traslado; además de reconocer lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 29 de noviembre de 1968; que estaba afiliada al RPM desde el 4 de enero de 1991, sin embargo, el 15 de junio de 1996, se trasladó al RAIS, administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, sin que al momento de su afiliación se le brindara información adecuada y completa acerca de las ventajas y desventajas del RAIS.

Refiere la actora que, el 1 de noviembre de 2004, se cambió a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., donde tampoco se le brindó información adecuada y completa acerca del RAIS; que, el 12 de septiembre de 2018 radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando la declaratoria de nulidad de su traslado al RAIS y la reactivación de su afiliación al RPM, petición que le fue negada por improcedente; que, igual solicitud presentó el 20 de septiembre de 2020, ante COL FONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la AFP PROTECCIÓN S.A., sin que a la fecha de presentación de la demanda haya obtenido respuesta alguna al respecto (fls. 1-18).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la AFP PROTECCIÓN S.A, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica (fls. 48-61)

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica (fls 105-119).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos (fls. 161-179).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de julio de 2020, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, junto con las afiliaciones efectuadas dentro de dicho régimen, debiendo, para todos los efectos legales entenderse como efectivamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES; igualmente, ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos; por su parte COLPENSIONES, debe recibir el traslado de dichas sumas de dinero, reactivar su afiliación y realizar las gestiones necesarias para obtener el pago de las diferencias entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en RPM; y, COLFONDOS S.A, PENSIONES Y CESANTÍAS, pagar las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Al respecto, consideró el a-quo, que, de acuerdo al material probatorio allegado al proceso, no se advierte que a la demandante, se le haya dado información alguna tendiente a que se le indicaran las consecuencias de su traslado, independientemente de cuáles fueran ellas; además, que, el hecho de haber efectuado un cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, no es razón suficiente para entender que la intención de la actora, era mantenerse en el RAIS, pues, ésta no surgió de manera informada al momento de su traslado de régimen en el año 1996 (fls. 201-205).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, para que se revoque en su totalidad la sentencia objeto de alzada, señalando que, si bien esa Administradora, no fue condena, si se ordenó que realizara las gestiones necesarias para obtener el pago de los perjuicios ocasionados con el traslado de la actora al RAIS, lo que considera, no puede calcularse en este momento, pues, son proyecciones a futuro; considera que, no se puede invertir la carga de la prueba, para dejarla en cabeza de la Administradora privadas de pensiones, pues, la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ese sentido, se aplica a personas que tienen unas condiciones específicas, como expectativas legítimas, que se encontraban en el régimen de transición, estaban próximas al reconocimiento del derecho pensional o que se les causó un daño grave a los mismos, particularidades que no se cumplen en el presente caso, de ahí que, era la demandante, quien estaba en la obligación de probar que no se cumplió con el deber de información o que acaeció alguno de los vicios del

consentimiento, lo que no se advierte de las pruebas recaudas en el proceso (CD fl. 201).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicita que se confirme el fallo en razón a que no se logró probar que la afiliación al fondo se realizó de manera voluntaria y libre por cuanto no se brindó la información clara respecto a los riesgos que había al trasladarse de régimen. Entre tanto, COLPENSIONES requiere que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindó la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar a quién correspondía la carga probatoria, respecto al deber de información al momento del traslado de régimen pensional de la actora, y si fue acertada la decisión del Juez de Primer Grado, al declarar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS, y en consecuencia, si procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

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

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

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio obrante en el plenario, milita a folios 21 y 69 certificación de COLPENSIONES, donde se advierte el traslado de la demandante al RAIS, el 15 de febrero de 1996; reclamación administrativa (fl.26); formulario de afiliación al Instituto de Seguros Sociales (fl. 28); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 29-35 y 64-68); respuesta negativa de COLPENSIONES, a la reclamación administrativa (fls. 36-37); formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, suscrito el 15 de abril de 1996 (fl. 181) y la solicitud de vinculación al Fondo Obligatorio de Pensiones SANTANDER hoy PROTECCIÓN, suscrito el 30 de septiembre de 2004, con fecha de efectividad a partir del 1 de noviembre de 2004 (fl.120 y 132); consulta SIAF (fl. 129); historia laboral de PROTECCIÓN (fls. 123-139); reporte de estado de cuenta de la actora ante PROTECCIÓN (fls. 140-148); historial de vinculación de al RAIS (fl.180); certificación de vinculación y traslados de la de demandante, expedida por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS (fl. 182 y 183).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, donde indicó que, en cuando efectuó el traslado de

régimen pensional, trabajaba en el servicio de urgencias de un Hospital, estaba afiliada al Instituto de Seguros Social, y en su sitio de trabajo, había un agente comercial de COLFONDOS, que asistía persistentemente y cuando no tenía mucho volumen de trabajo, éste aprovechaba para hablar con los funcionarios del hospital; que con ella sólo habló 20 minutos, le indicó que afiliarse a COLFONDOS, era una opción más segura para pensionarse, porque era su propio ahorro, y que, iba a ser mejor para ella en temas económicos, sin obtener más información al respecto, suscribió el formulario, y posteriormente, en el año 2004, se cambió a la Administradora PROTECCIÓN, porque Colfondos quitó la oficina donde ella vivía, no por temas relacionados con el manejo de su cuenta de ahorro individual.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS , el 15 de febrero de 1996 con efectividad a partir del mes de marzo de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad

pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, sin que el traslado a PROTECCIÓN que se verificó el 30 de septiembre de 2004, que es el último fondo al que se encuentra afiliada, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Resultan suficientes así las consideraciones efectuadas para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **OLGA MERY LEÓN MEJÍA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

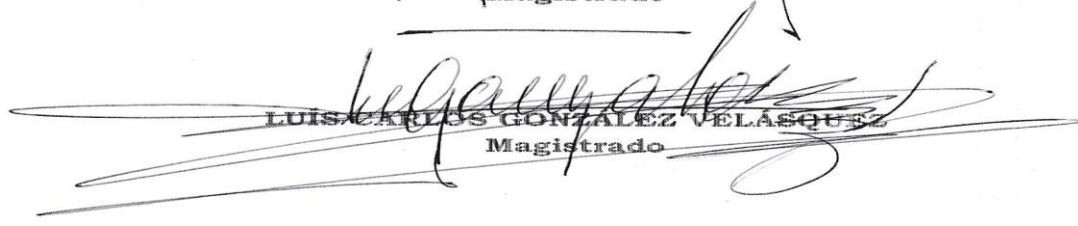
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023201900608-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 16 de octubre de 2020 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ MERY ZAMUDIO CHAVES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al Dr. Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como apoderado sustituto al Dr. Javier Ramiro Castellanos Sanabria en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 158 a 163.

ANTECEDENTES

LUZ MERY ZAMUDIO CHAVES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. para que, previa declaración de nulidad de su traslado al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A.; se

condene a esa Administradora, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta individual, incluidos los rendimientos a que hubiera lugar; que, se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación, aceptar y recibir el traslado de los aportes y darle plenos efectos a la nulidad declarada; que, se condene a las demandadas al pago de los perjuicios morales de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 448 de 1998; que, se condena lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 21 de junio de 1960; que, comenzó a cotizar en el RPM, en el mes de marzo de 1995 hasta noviembre de 1996, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., quién omitió informarle sobre las ventajas de permanecer en el RPM, no le explicó las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, ni la naturaleza propia del régimen de capitalización; que, nada le dijeron acerca de las diferencias del valor de la mesada pensional, en uno y otro régimen, ni le realizaron una proyección respecto al valor promedio de la pensión de vejez; que, reclamó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, resolviendo éstas de forma negativa su petición (fls.2-30).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma, la demandada **AFP PORVENIR S.A.**, dio contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fls. 98-130).

Mediante auto del 2 de octubre de 2020, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (fl. 145).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de octubre 2020, el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., condenando a esa Sociedad, a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con sus rendimientos, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional; declarando, para efectos pensionales, a la

demandante, afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES; y, condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, reiteró que, en el año 1996, a la demandante se le brindó una información totalmente completa, manifestándole todas las ventajas y desventajas del cambio de régimen; sin que resulte procedente la ineficacia declarada, que exige una conducta dolosa, pues, en el presente caso, no fue probada dicha conducta, ni tampoco fue alegada dentro del proceso; que, el formulario de afiliación no puede verse como un simple formato, por el contrario es el cumplimiento de lo establecido en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, por tanto, esa AFP, no puede ser condenada por dar cumplimiento a una disposición legal; que, la actora, no puede excusarse en la falta de información, para reclamar la ineficacia de su traslado al RAIS, simplemente porque su plan de pensiones, no resultó acorde a sus aspiraciones; que, del interrogatorio de parte absuelto por la actora, claramente se extrae que esa Administradora, si cumplió con el deber de información, ya que, ésta manifestó conocer las características del RAIS, y haber recibido asesoría por más de una hora y media.

Adicionalmente, indicó que, los gastos de administración, no hacen parte de los aportes pensionales, entonces, son susceptibles de prescripción; además, que, efectuar el traslado de dichos gastos, generaría sería un enriquecimiento sin justa causa, a favor de COLPENSIONES, que no realizó gestión alguna para que el capital de la demandante, causa rendimientos por más de 20 años.

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumenta que, la simple suscripción del formulario de afiliación al RAIS, se aceptan las condiciones o implicaciones que conlleva el traslado de régimen pensional; sin que el desconocimiento de cualquier disposición frente al mismo, sea argumento válido para negar su efectividad; que, si bien las AFP, para 1996, tenían que cumplir con un deber de información, no es menos cierto que la demandante, como consumidora financiera también tenía la obligación de informarse respecto a las condiciones del régimen que estaba seleccionando; que, debe tenerse en cuenta que la demandante, no tenía ni siquiera una expectativa legítima para pensionarse al momento de su traslado al RAIS, en consecuencia no se vio afectado su derecho pensional con esa decisión, y por tanto no se encuentra justificado su retorno a la RPM.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicitó su absolución dado que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación, además que la ley fija el término en el que los afiliados pueden cambiar de régimen encontrándose la demandante inmersa en la prohibición de retornar al RPM, siendo que dicha entidad no participo en la decisión de traslado y por eso no puede verse afectada. PORVENIR S.A, por su parte, también petitionó la revocatoria del fallo por cuanto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento en los términos de los artículos 1741, 1508, 1515 y 1517 del CC, así como el 899 del C.Cio. siendo evidente la voluntad de permanencia en el RAIS, no debiéndose ordenar a devolución de los gastos de administración. Finalmente, la parte actora insistió en la confirmación de la sentencia de primera instancia en la medida que fue indebida la información que se le suministró al momento del traslado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A; iii) si procede o no la orden dada a la AFP PORVENIR S.A, respecto a la devolución de gastos administración; y, iv) si operó el fenómeno de la prescripción, respecto de los mismos.

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus

condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

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

En el presente caso, militan como pruebas reporte de semanas cotizadas por la demandante en COLPENSIONES (fls. 33-34); historia laboral consolidada en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 35-39); certificación de traslado al RAIS, expedida por COLPENSIONES (fl. 40); reclamación administrativa presentada ante COLPENSIONES, con su correspondiente respuesta negativa (fls. 41-50); formulario de solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., suscrito el 6 de noviembre de 1996 (fl. 51 y 131); solicitud de nulidad de traslado radicada en la AFP PORVENIR S.A., y la contestación negando tal petición (fls. 52-62 y 132-134).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, en el año 1995 se afilió al Seguro

Social sin embargo se encontraba trabajando en el colegio del municipio de Tena – Cundinamarca, como bibliotecaria, y, en noviembre de 1996 llegaron a asesores de la AFP PORVENIR S.A., a la alcaldía del municipio, se hizo una reunión grupal en el Consejo Municipal, de más o menos hora y media, donde esa Administradora, les ofreció el cambio de fondo pensional, pero, ese día no fueron muy claros con la información, ya que no les explicaron nada acerca de las implicaciones que le traería dicha decisión, limitándose a señalar que el Seguro Social estaba quebrado y que ellos les ofrecían el servicio, y unas posibilidades como el ahorro individual, que dice la actora, de acuerdo a lo que ha entendido con el paso del tiempo, no le sirve, porque, si se acaba el dinero ahorrado, se queda sin pensión; que, respecto al formulario de afiliación, leyó los datos personales; que, recibió extractos, pero luego de muchos años, y solo se detuvo a mirar qué ahorro tenía y cuánto estaba cotizando; que, en aquella oportunidad el asesor de la AFP PORVENIR S.A., le dijo que ellos realizaban el trámite para pasar las semanas cotizadas en el RPM al Fondo.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PORVENIR S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUZ MERY ZAMUDIO CHAVES, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Aclarando igualmente la Sala, que, el conocimiento que de forma general manifestó tener la demandante acerca de las características del RAIS, no constituye una confesión en su contra, ni es plena prueba suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., ya que, como quedó demostrado, dicha AFP, no se le brindó a la actora, una asesoría personalizada, donde teniendo en cuenta sus condiciones particulares edad, semanas cotizadas, núcleo familiar, entre otras, se le explicara la conveniencia o no de efectuar el traslado del régimen pensional.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 6 de noviembre de 1996, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la Primera Instancia.

En relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a esa demandada, en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por*

*Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones” (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)*

Finalmente, en relación con la prescripción, que considera la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., operó respecto de los gastos de administración, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dicho capital hace parte de los aportes realizados al RAIS para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el

estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Los anteriores argumentos, resultan suficientes para confirmar la sentencia de Primera Instancia.

COSTAS

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de octubre de 2020, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUZ MERY ZAMUDIO CHAVES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

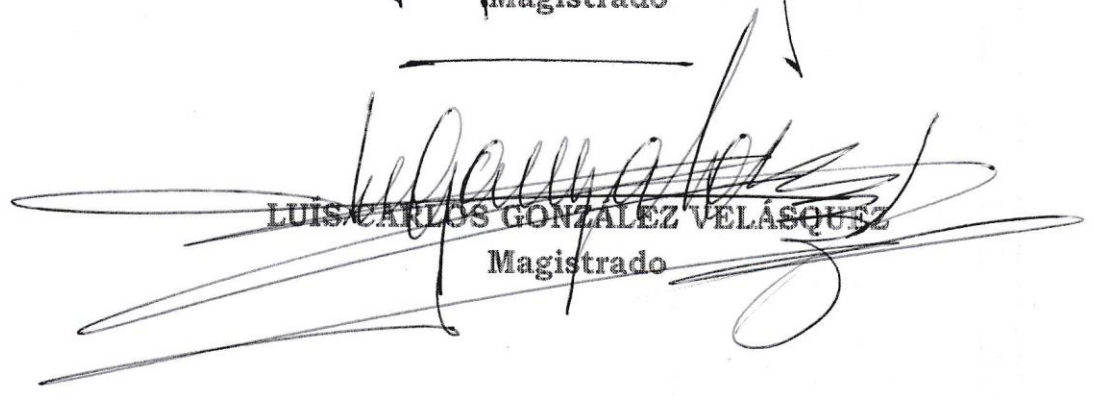
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105019201700616-01

En Bogotá D.C., hoy tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 28 de agosto de 2020 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **NELLY ANTONIA COPETE DE MANJARRES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a la doctora Claudia Liliana Vela y como apoderado sustituto a Michael Cortazar Camelo, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 203 a 205.

ANTECEDENTES

NELLY ANTONIA COPETE DE MANJARRES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS

DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que previa declaración de nulidad del traslado efectuado al RAIS, a través de PROTECCION, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES, el saldo de su cuenta de ahorro individual, incluyendo la totalidad de los rendimientos financiero; igualmente, que, COLPENSIONES, registre en la historia laboral el detalle de las cotizaciones que le sean transferidas y reactive su afiliación, en las mismas condiciones en que se encontraba el 1 de marzo de 1999; a demás de conocer lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 30 de junio de 1960, y a la fecha de presentación de la demanda, ya había cumplido los 57 años de edad; que, realizó sus cotizaciones al RPM, administrado por el Instituto de Seguro Social hoy COLPENSIONES, desde el 16 de noviembre de 1988 hasta el 28 de febrero de 1999, cuando decidió trasladarse al RAIS, a través de PROTECCION; que, según certificación de afiliación expedida por COLPENSIONES, el 13 de septiembre de 2017, figura como asignada al RAIS, por el Decreto 3995 de 2008, sin embargo, nunca fue enterada de esa situación, ni pudo oponerse a la misma, dentro del término legal.

Refiere que, para el 1 de marzo de 1999, había cotizado un total de 530.43 semanas; que, actualmente se encuentra cotizando a la AFP PORVENIR S.A., quien mediante comunicación del 23 de junio de 2017, le informó que no podía pensionarse, porque no contaba con el capital suficiente para acceder al derecho, y que, su posibilidad de una pensión con garantía mínima estaba representada a través del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, mientras que, en el RPM, tendría derecho a una mesada mínima de \$1.119.700; que, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, el 4 de agosto de 2017, mismo día en que le dieron respuesta negativa a su petición de traslado (fls. 3-18).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fls. 50-60)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas,

buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, la innominada y genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fls. 95-101).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontanea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la Administradora de Fondos de Pensiones PROTECCION S.A., ejercicio oportuno al derecho de retracto en el año 1999, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, 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, prescripción, buena fe por parte de la demandada AFP PROTECCION S.A., compensación y la genérica (fls. 154-160).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de agosto de 2020, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, junto con los distintos cambios de administradora efectuados dentro del mismo; en consecuencia, declaró a la actora válidamente vinculada al RPM, administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiere trasladado, y por lo mismo, siempre permaneció en dicho régimen; condenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como son cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causado, intereses, comisiones y sin que se le descuenten gastos de administración; sin costas en la Instancia.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, la demandante, no recibió información a fondo, acerca de las ventajas y desventajas del traslado de regimen pensional, ni cuales eran las modalidades y requisitos para obtener su pensión en el ahorro individual, y que, de haber conocido a plenitud, le hubiesen impedido tomar dicha decisión; obligación que desde su creación tenían las Administradoras de pensiones, en relación con garantizar la entrega de información suficiente y transparente, que les permita a los afiliados elegir entre las distintas opciones del mercado, la que mejor se ajuste a sus intereses; siendo escaso el material de prueba aportado por las demandadas, para controvertir los hechos de la demanda, lo que condujo a su decisión de declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, argumentó que, su apelación era parcial, en relación con los gastos de administración, que debía devolver, pues, se trata de valores que no son descontados caprichosamente por la Administradora, sino que son autorizados por la ley, para que, tanto en Fondo privado, como en el común, estos sean cobrados; que, los mismos ya se encuentran causados, comoquiera que, se hicieron efectivos durante los periodos que la actora estuvo afiliada; además, equivalen a la gestión adelantada por la Administradora, en aras de obtener unos rendimientos en favor de la demandante; considera que la devolución a COLPENSIONES o la actora, constituiría un enriquecimiento sin causa, y en todo caso, de no volver todas las cosas a su estado anterior, tampoco habría lugar a trasladar rendimientos; solicita que no sea condena en costas de segunda instancia, teniendo en cuenta, que el recurso presentado es parcial.

Por su parte, **COLPENSIONES**, advierte que, para la época del traslado de régimen pensional de la demandante, el único requisito necesario era la manifestación de la voluntad del afiliado de manera libre y espontanea, a través de la firma del formulario, sin que fuera necesaria una doble asesoría por parte de las AFP, por lo que, el estudio del caso debe hacerse a la luz de la normatividad vigente para el momento del traslado sin exigirle a las administradoras privadas de pensiones pruebas los soportes de la información brindada a la demandante, al momento de su traslado; que, el estudio acerca de la ineficacia del traslado del régimen pensional a la luz de normas inexistentes afecta no sólo a los fondos privados sino también a COLPENSIONES, quien no hizo parte de dicho negocio jurídico, sin embargo, debe asumir las consecuencias del mismo, al verse obligada a reconocer la prestación pensional de una persona que no perteneció al RPM, por más de 20 años, lo que pone en riesgo el equilibrio financiero del Sistema, el fondo común destinado para el pago de las pensiones de sus afiliados. Adicionalmente, pide que, en caso de confirmar la decisión de Primer Grado, se adicione, en cuanto la obligación de hacer, esto es, recibirla, activarla como afiliada y actualizar su historia laboral, sólo se podrá hacer efectiva una vez cumplidas las obligaciones impuestas a la AFP, relacionadas con el reintegro de los aportes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita que se confirme la sentencia de primera instancia toda vez que el fondo no cumplió con su deber de brindar a la afiliada toda la información necesaria sobre el sistema pensional, las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, los eventuales derechos que podía perder al trasladarse de régimen, de otro lado tampoco

el consentimiento vertido en el formulario de afiliación es suficiente para probar que cumplió con ese deber de información. Entre tanto COLPENSIONES peticiono que se revocara el fallo por cuanto la misma se encuentra dentro de la prohibición legal establecida por la ley 797 de 2003 en su artículo 2, elemento que se encuentra debidamente probado, ya que de la documental se estableció que al momento de la presente acción ya contaba con 57 años de edad, a su vez se constató que la parte accionante para el 01-04-1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993) contaba con 33 años de edad, por lo que no cumple con la primera posibilidad establecida por el Legislador para hacerse beneficiaria del Régimen Especial por cuanto se estableció que en caso de las mujeres, estas debían contar con una edad mínima de 35 años, no obstante y como se mencionará posteriormente, la regla señalada por la Honorable Corte Constitucional se erige este régimen bajo la modalidad del cumplimiento de un monto mínimo en la densidad de semanas, lo que se demostró ser inferior a las 750 semanas lo que significa que la misma no se encuentra cobijada para efectos de realizar su traslado de manera libre. No obstante, a lo pretéritamente expuesto, al estar ante una situación que podría llevar al detrimento patrimonial del Estado, se solicita aplicar el Principio de la Sostenibilidad Financiera ya que esta da soporte a la validez de las prohibiciones legales de traslado establecidas en la Ley 100 de 1993 al igual que lo contentivo en el Acto Legislativo 01 de 2005 y al artículo 48 de la Constitución Política.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCION cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de PROTECCIÓN; iii) si el retorno de la demandante al RPM, constituye o no un desequilibrio financiero para el Sistema General de Pensiones; y, iv) si procede o no la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de

Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda

silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora, contrario a lo expuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso, quien aseguró que para la fecha de traslado de la regimen pensional de la demandante, no existía normatividad que les impusiera a las AFP, la obligación de suminístrale suficiente, amplia y oportuna información a los afiliados, respecto a las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado

debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó, reporte de semanas cotizadas por la demandante a COLPENSIONES (fls. 20-23 y 68-73); certificación traslado RAIS expedida por COLPENSIONES (fl. 24); historia labora consolidada de la AFP PORVENIR S.A. (fls. 25-30); respuesta negativa reconocimiento pensional a la actora, por parte de la AFP PORVENIR S.A. (fl. 31 y 120); reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES, el 4 de agosto de 2017 y su respuesta negativa (fls. 32-36); formulario de solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias PORVENIR, suscrito el 11 de febrero de 2000 (fl. 103), consulta historia laboral para bono pensional (fls. 104-107); relación histórica de movimientos de la

cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 108-119); formulario solicitud vinculación a PROTECCION diligenciado el 29 de enero de 1999 (fl. 161); certificación de aportes trasladador por PROTECCION a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 162-164); consulta SIAF (fl. 165).

Por su parte, la demandante, al absolver interrogatorio de parte, indicó que, comenzó a trabajar hace más de 30 años; que, la afiliaron al Seguro Social, porque no existían Fondos privados en esa época; que, posteriormente, con la creación de las AFP, comenzaron a llegar a la empresa donde ella trabajaba, Organización Luis Carlos Sarmiento, personas de los Fondos, en la recepción, los atendían, en una oportunidad un asesor de PROTECCION, le dijo, que a ella le convenía más trasladarse, porque no tenía un régimen de transición y la pensión sería mejor en la AFP, por lo que, firmó el formulario y se cambió; luego se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., porque pertenecía al grupo donde ella trabajaba, el asesor llenó el formulario, pero ella no lo leyó; que, siempre le insistieron en que el Seguro Social, no le servía porque ella no estaba en régimen de transición, lo que a la fecha dice no entender qué era; que, nunca le hicieron una proyección, ni le dijeron que se pensionaría con el salario mínimo legal, si le informaron que sus aportes generarían unos rendimientos, pero, nunca le precisaron cuánto. Señaló que, cuando ya cumplió la edad para pensionarse, se acercó a una oficina de la AFP PORVENIR S.A., a preguntar que debía hacer para retirarse de la empresa y pensionarse, y, le dijeron que se pensionaba con el mínimo, y que, así trabajara muchos años más y tuviera dinero para consignar en su cuenta de ahorro pensional, no le podían reconocer sino una pensión del salario mínimo, con un subsidio del Gobierno, porque ni siquiera sus ahorros le alcanzaban para pensionarse; que, su empleador, no tuvo ninguna incidencia en su decisión

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

comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada PROTECCION, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., el 29 de enero de 1999, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la Primera Instancia, sin que sin que el posterior cambio de Administradora, a la AFP PORVENIR S.A., el 11 de febrero de 2000, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último*

régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”.

Por otro lado, ha de señalar igualmente esta Sala, que al declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, la decisión de Primera Instancia, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Ahora, dado que el apoderada de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

De otra parte, en relación con lo manifestado por el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso, acerca de la adición de la sentencia de Primera Instancia, considera la Sala, que a la luz de establecido en el artículo 287 del CGP, no advierte, que, la decisión objeto de alzada, haya omitido resolver *“cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”*; razón por la cual, no procede la adición solicita.

Los anteriores argumentos, resultar suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada, sin que resulte procedente absolver de esta sanción a la AFP PORVENIR S.A., por el sólo hecho de haber presentado una apelación parcial de la sentencia de Primer Grado. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

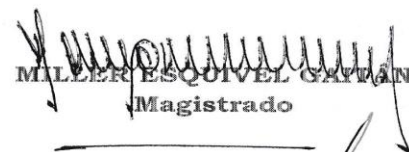
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de agosto de 2020, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **NELLY ANTONIA COPETE DE MANJARRES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

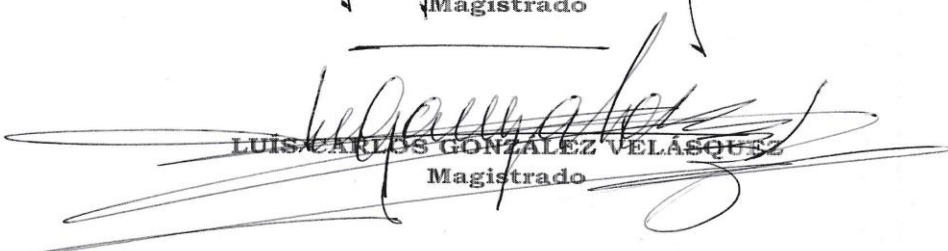
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105033201800622-01

En Bogotá D.C., hoy tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 18 de noviembre de 2020 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **EDWIN ALBERTO DE DIOS HOYOS USTA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderada sustituta de la administradora colombiana de pensiones –COLPENSIONES- a la doctora Angy Graciela Castellanos Curan identificada con cedula de ciudadanía No. 1.019.077.818 y la tarjeta profesional 251.798 del C.S.J., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 233 al 237.

ANTECEDENTES

EDWIN ALBERTO DE DIOS HOYOS USTA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, se decrete la nulidad de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, como si nunca se hubiese surtido el traslado; que, se ordene a COLPENSIONES, aceptar el traslado; que se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Posteriormente, mediante reforma a la demanda, admitida por auto del 23 de agosto de 2019 (fl. 194), solicitó el actor, de manera principal, declarar que COLFONDOS S.A., no cumplió con su deber de ofrecerle información pertinente, veraz, oportuna y suficiente, respecto a las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS, causándole un grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional; ordenando a COLFONDOS S.A., trasladara COLPENSIONES los aportes, rendimientos y semanas cotizadas *“sin incluir dentro del dicho traslado LOS GASTOS DE ADMINISTRACION Y LA COMISION DEL SEGURO PREVISIONAL cobrados durante la vigencia de la afiliación”*, como si nunca se hubiese surtido el traslado.

De manera subsidiaria pretende que, se decrete la ineficacia del traslado al RAIS, ordenando a COLFONDOS S.A., trasladara COLPENSIONES los aportes, rendimientos y semanas cotizadas *“sin incluir dentro del dicho traslado LOS GASTOS DE ADMINISTRACION Y LA COMISION DEL SEGURO PREVISIONAL cobrados durante la vigencia de la afiliación”*, como si nunca se hubiese surtido el traslado; ordenar a COLPENSIONES aceptar el traslado al RPM; conceder lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 6 de diciembre de 1957; que, desde el 16 de enero de 1990, con el empleador Liga Contra el Cáncer, comenzó a cotizar para pensión, a través del Instituto de Seguros Sociales, hasta el 16 de diciembre de 1997, cuando, atendiendo las recomendaciones de un ejecutivo de cuenta, se trasladó al RAIS, a través de COLFONDOS S.A.; indica que, tiene actualmente cotizadas un total de \$1467 semanas ; que, antes de cumplir 52 años de edad, no recibió por parte de COLFONDOS S.A., asesoría respecto a la posibilidad de retornar al RPM, quedando incurso en la restricción para regresar a dicho régimen; que, no existió una adecuada asesoría pensional, ni al momento del traslado, ni con posterioridad, que, nunca fue asesorado sobre los alcances negativos que generaría esa decisión para su futuro pensional.

Refiere que, solicitó a las demandadas, la nulidad del traslado de régimen pensiona, sin obtener respuesta favorable al respecto; que, COLFONDOS S.A., realizó proyección del valor de su mesada pensional en el RAIS, informándole que, a los 62 años, le correspondería la suma de \$2.434.156, mientras que, en el RPM, ascendería aproximadamente a \$5.194.216, lo que, sin lugar a dudas, afecta ostensiblemente su derecho al mínimo vital, a la vida en condiciones dignas y a la Seguridad Social Integral (fls. 10-33 y 168-193).

CONTESTACION DE LA DEMANDA Y SU REFORMA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, dieron contestación, tanto a la demanda, como a su reforma, dentro del término legal, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica (fls. 109-118 y 205-208).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 149-165 y 195-204).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS, debiendo, para todos los efectos legales entenderse como efectivamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES; igualmente, ordenó a la COLFONDOS S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, comisiones y cuotas de administración generadas durante el periodo de afiliación a su cargo; además, le ordenó a COLFONDOS S.A., a pagar, de ser del caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM, las cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio, incluyendo los gastos o cuotas de administración y comisiones generadas durante el periodo en el que el accionante, estuvo afiliada a ella, conminando a COLPENSIONES a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ellas hubiera lugar, lo cual incluye los gastos de administración y comisiones; conminó a COLPENSIONES y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, a establecer mecanismos procesales y administrativos que permita determinar los eventuales perjuicios que surjan a raíz de los procesos de ineficacia del traslado del RPM al RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Al respecto, consideró el a-quo, que, de acuerdo al material probatorio allegado al proceso, no se advierte que, al demandante, se le haya dado información alguna tendiente a que se le indicaran las consecuencias de su traslado, independientemente de cuáles fueran ellas (fls. 222-224).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, indicó que, la afiliación del demandante, a esa Administradora, se dio con el lleno de los requisitos legales, resaltando que, para la fecha de traslado, ninguna normatividad vigente exigía dejar constancia escrita de la información brindada a los posibles afiliados y menos aun conservar dicha prueba documental; que, para entonces, la información se daba de manera verbal, con lo que esa AFP, cumplió, por lo tanto, el demandante, cumplió de manera libre y voluntaria con la suscripción del formulario de afiliación, sin que se le haya genera un falso conocimiento de la realidad, ya que, el actor aceptó en el interrogatorio de parte, haber recibido la asesoría en un lapso de 15 a 20 minutos; que, resulta excesivo condenar a esa demandada, a devolver los gastos de administración y responder con su propio patrimonio por las diferencias que existan entre regímenes, pues, esos descuentos se encuentra autorizados por la Ley, se realizan tanto en el RAIS, como en el RPM , se encuentran justificados con el buen manejo de la cuenta de ahorro individual del actor y los rendimientos generados; que, la parte actora, no allegó prueba, siquiera sumaria, del engaño alegado por parte de COLFONDOS S.A.; además, solicita que se exonere de la condena en costas, pues, esa AFP, siempre ha actuado de buena fe.

Por su parte, **COLPENSIONES**, señaló que, la decisión adoptada por el a quo, contribuye al desequilibrio financiero del Sistema General de Pensiones, y causa un detrimento en el erario administrado por esa Entidad, además de contrariar la expresa prohibición de traslado de régimen pensiona, de quienes están a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicito confirmar el fallo ya que no se logró demostrar de manera fehaciente que se brindó una asesoría completa y se firmó de manera libre, consciente y voluntaria. Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia

del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; iii) si la decisión de declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, tiene alguna incidencia en el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones; iv) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa; y, v) si procede la condena en costas impuesta a cargo de COLFONDOS S.A.

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en

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

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó, reporte de semanas cotizadas por el demandante en COLPENSIONES (fls. 35-39, 120-124); formulario solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias Colfondos, suscrito el 16 de diciembre de 1997, con efectividad a partir de enero de 1998 (fl. 40 y 167); historia laboral para liquidación de bono pensional (fls. 41-44); extracto cuenta de ahorro individual del actor en COLFONDOS S.A. (fls.45-49); historia laboral para reclamar bono pensional (fls. 50-53, 70-81); historia laboral COLFONDOS S.A. (fls. 54-60); formulario de afiliación al COLPENSIONES, radicado el 23 de agosto de 2018, con su respuesta negativa (fls. 61-62); reclamación radicada ante COLFONDOS S.A., con su respectiva contestación (fls. 63-64); proyección de la mesada pensional del actor, en el RAIS elaborada por COLFONDOS S.A. (fls. 68-69);

expediente administrativo del demandante en COLPENSIONES (CD fl. 119); certificación traslado régimen expedida por COLPENSIONES (fl. 125);

Igualmente, dentro del curso del proceso, el demandante, absolvió interrogatorio de parte, indicando que, para el año 1998, trabajaba en la Liga Contra el Cáncer, seccional Bogotá, llegaron allí unos asesores de COLFONDOS, y citaron a los médicos a una reunión para darles una información de las administradoras de pensiones privada; que, les dijeron que había muchos problemas para que el ISS subsistiera, que, no había garantía de que obtuvieran una pensión allí; que, dicha reunión fue corta, de 15 a 20 minutos, donde le brindaron una información general, para todos los presentes, que hubo preguntas de los asistentes, pero, él particularmente, con los beneficios que escuchó no hizo preguntas; que, el asesor les dijo que tendría unos rendimientos, una pensión alta, algo muy dinámico, donde les garantizarían el pago de una pensión; que, no le dieron ninguna explicación detallada, simplemente les indicó que sería una ventaja trasladarse; que, recibe 3 o 4 extractos pensionales al año; que, confió en las personas que fueron a decirles que eso era lo mejor para él.

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como

referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS , el 16 de diciembre de 1997, con efectividad a partir del mes de marzo de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Por otro lado, ha de señalar igualmente esta Sala, que, al declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, la decisión de Primera Instancia, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Ahora, dado que el apoderado de COLFONDOS S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad COLFONDOS S.A., no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le relevén de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes así las consideraciones efectuadas para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **EDWIN ALBERTO DE DIOS HOYOS USTA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

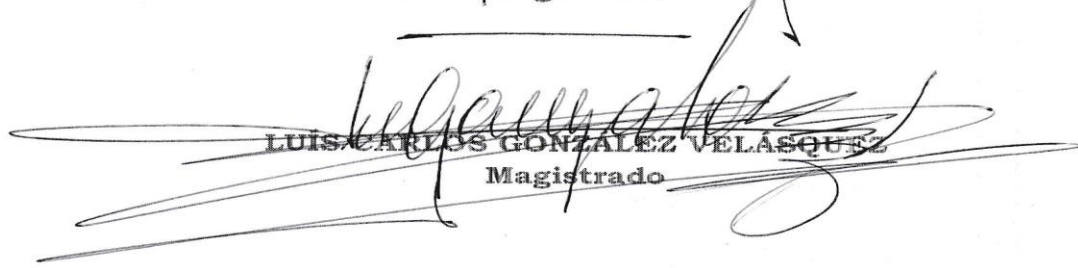
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105017201800628-01

En Bogotá D.C., hoy tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 28 de octubre de 2020 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GERMÁN ZULUAGA CASTAÑO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a la doctora María Camila Bedoya García y como apoderada sustituta Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 23 al 25

ANTECEDENTES

GERMÁN ZULUAGA CASTAÑO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, se declare que en el presente caso existió un vicio del consentimiento en el contrato de administración suscrito con las administradoras privadas de pensiones, pues, tanto en la etapa precontractual, como contractual, se le ocultó información sobre el riesgo que corría al suscribir el formulario de traslado al RAIS; en consecuencia, solicita que se declare nulo dicho traslado, y se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y cotizaciones realizadas; y que, COLPENSIONES, acepte esos valores y lo registre como su afiliado; reconociendo además, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 2 de marzo de 1960, y comenzó a cotizar al Instituto de Seguro Social desde el 26 de mayo de 1980 hasta el 4 de agosto de 1994; que, posteriormente, el 12 de marzo de 1999, se trasladó al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A., porque los asesores de esa Administradora, le manifestaron que se pensionaría con un monto mayor al que le correspondería en el ISS, y que, además accedería al derecho pensional a una edad más temprana.

Indica que, el 1 de abril de 2000, se cambió a la Administradora PROTECCIÓN S.A., y el 26 de enero de 2009 a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A., dónde los asesores igualmente le manifestaron que recibiría una pensión mayor y antes de la edad mínima requerida; sin que, en ninguna oportunidad se le ofrecieran elementos de juicio, ni información veraz y acorde a su situación pensional; tampoco le suministraron los datos legales suficientes para que el cambio de régimen fuera una decisión consciente y acorde a lo que más le convenia; que, el 13 de julio de 2018, le solicitó a COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A, la nulidad de su traslado al RAIS, petición que fue resuelta de forma negativa por ambas Administradoras (fls.4-16 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a Porvenir, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica (fls. 113-133 PDF).

COLPENSIONES, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 168-187 PDF).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fls. 199-209 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de octubre de 2020, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones propuestas; igualmente declaró que el traslado del demandante, al RAIS, administrado en su momento por COLPATRIA S.A entidad que luego fue absorbida por la AFP PORVENIR S.A, fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; declaró al actor, como válidamente afiliado al RPM, administrado por COLPENSIONES, y que, esa entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad; ordenó a la AFP PORVENIR S.A, como actual administradora de fondos de pensiones a la que se encuentra vinculado el demandante, trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores, que conformen la cuenta de ahorro individual del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de aseguradoras, bonos pensionales, intereses y rendimientos, sin que haya lugar a descuentos, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por la AFP PORVENIR S.A de su propio patrimonio.

También, ordenó el a-quo, a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos a favor del demandante, y convalidarlos en su historia laboral; autorizó a la AFP PORVENIR S.A a efectuar las acciones administrativas necesarias dirigidas a PROTECCIÓN S.A en procura de que esa entidad efectúe, si no lo ha hecho, la totalidad de traslados de dineros que conformaron la cuenta de ahorro individual del demandante en esa entidad, también con intereses, rendimientos y valores correspondientes a gastos de administración; condenando en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas PROTECCIÓN S.A., la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, manifiesta que su inconformidad se limita a la ordenada a esa Administradora, de devolver los gastos de administración; advirtiendo que, ese Administradora, no fue la que realizó el traslado inicial de régimen del demandante; además, los dineros que el señor ZULUAGA CASTAÑO, tenía en su cuenta de ahorro individual, ya fueron trasladados a la AFP PORVENIR S.A., por lo que, no solo no procede la devolución debido al fenómeno de la prescripción sino porque también esos descuentos fueron autorizados por la ley, y, en el caso del seguro previsional ya fueron entregados a la aseguradora con la que se tenía contratado la suma adicional para el pago de la vejez invalidez o muerte, tercero de buena fe, a quien la AFP, no puede exigirle la devolución de dichas sumas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, por su parte, solicitó revocar la sentencia en su totalidad y absolverla de las condenas impuestas, pues, contrario a lo manifestado por el a-quo, esa AFP, sí le brindó información no solo en una oportunidad, si no es más de 6 veces diferentes, teniendo en cuenta los distintos cambios que hizo de Administradora, estando en el RAIS; además, que, claramente del interrogatorio de parte absuelto por el demandante se pudo establecer que éste, no solo conoce las características del RAIS, sino que decidió permanecer en este régimen por más de 26 años, firmó voluntariamente varios formularios de afiliación, hizo reiterados cambios de Administradora y realizó aportes voluntarios; como tampoco considera que se debe desestimar formulario de afiliación como prueba de la suficiente diligencia e información brindada al actor al momento de suscribirlo de manera libre y voluntaria para tratarse al RAIS, siendo la única exigencia establecida para la época del traslado del demandante, ya que para esa data nos exigían elabora el cálculo ni proyecciones del valor de una posible mesa pensional; también señala que, hacer la devolución de las gastos de administración constituye un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES, que no son valores que correspondan a los afiliados, ni se encuentran destinados a cubrir el valor de la pensión, de ahí que, también pueden ser objeto del fenómeno de la prescripción.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, solicitó revocar en su totalidad la sentencia objeto de alza, Por no compartir la valoración hecha por el Despacho de Primera Instancia, al interrogatorio de parte absuelto por el demandante, donde se advierte que éste sí fue debidamente asesorado, tenía conocimiento de las características del RAIS, realizando diferentes traslados horizontales dentro de este régimen; considera que, contrario a lo expuesto por el Juzgador de Primer Grado, la diferencia en el monto de la pensión que le correspondería al actor, en uno y otro régimen, no resulta ser un argumento suficiente para probar la falta de información, pues, es el afiliado, quien consolida su derecho a futuro, y las administradoras, sólo se encargan de administrar la prestación, por lo tanto, si el valor del capital consolidado por actor, le permite una

pensión mayor en otro régimen pensional no puede tener relación con la obligación que tienen las AFP de brindar información; de otra parte, teniendo en cuenta que, el demandante no cumple con los requisitos legales para retornar en cualquier tiempo a COLPENSIONES, solicita que no sea condenada en costas procesales.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita la confirmación de la sentencia ya que los fondos no lograron desvirtuar de manera fehaciente la afirmación realizada de no haber cumplido con el deber de información para que se hubiese tomado una decisión libre e informada sobre el régimen pensional. Entre tanto, COLPENSIONES pide su absolución por cuanto el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. Por último, PORVENIR S.A. insiste en que se revoque el fallo al no acreditarse algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado para que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es

prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iv) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa; y, v) si se debe o no imponer condena en costas procesales a COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

texto)

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de

pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

Al respecto, milita en el plenario certificado de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fl.21 y 210 PDF); solicitud de vinculación o traslado al fondo de

cesantías y/o pensiones obligatorias Porvenir, suscrito el 12 de marzo de 1999 (fl. 22 PDF); de solicitud de vinculación a PROTECCIÓN S.A., del 4 de febrero del 2000, con fecha de efectividad, 1 de abril de 2000 (fl. 23 y 145 PDF); solicitud de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, del 26 de enero de 2009 (fl. 24 PDF); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 25-30 PDF); historia laboral consolidada del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 31-39 PDF); simulación del valor de la mesada pensional efectuada por la AFP PORVENIR (fls.40-44 PDF); reclamación administrativa radicada ante COLPENSIONES, el 13 de julio de 2018, solicitando la nulidad del traslado de régimen pensional y su correspondiente respuesta negativa (fls 45-48 PDF); petición de nulidad del traslado presentada a la AFP PORVENIR S.A., con su respuesta desfavorable (fl. 49-52 PDF); solicitud de vinculación a PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, del 22 de agosto de 2007, con fecha de efectividad, 1 de octubre en 2007 (fl.146 PDF); consulta SIAF (fl.147 y 233 PDF); constancia de traslado de aportes de PROTECCIÓN S.A (fls. 148-157 PDF); relación de aportes del demandante, a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 211-232 PDF); historia laboral Oficina de Bonos Pensionales (fls. 234-240 PDF).

Igualmente, el demandante absolvió interrogatorio de parte, indicando que, en 1994, en la Empresa donde trabajaba hicieron una reunión informando que era una realidad, la creación de las Administradoras privadas de pensiones, y que se debían cambiar, porque el Seguro Social se iba a acabar; que, fue una reunión grupal, fueron varios asesores de varias Administradoras; afirma que también se afilió a la PORVENIR S.A., PROTECCIÓN y HORIZONTE, donde tuvo una asesoría individual, y le dijeron que tendría una mayor rentabilidad; sabe que tiene aproximadamente 1.923 semanas cotizadas, porque esa fue la información que le dio la AFP PORVENIR S.A, y que tiene derecho a un bono pensional, por el tiempo que estuvo en el ISS; que, se mantuvo en el RAIS, porque nunca cupo de la posibilidad que tenía de haber regresado a COLPENSIONES, ya que, las Administradoras, siempre le hablan de cuál tenía mayores rendimientos, y la posibilidad de una pensión anticipada, pero nunca le hablaron del fondo público; que recibió extracto, pero desde hace aproximadamente 2 años.

También declararon en el proceso, los señores JESÚS ORLANDO MARÍN CEBALLOS y ÓSCAR CORTES GÓMEZ, quienes no brindaron mayor información respecto a las condiciones de modo, tiempo y lugar en que se desarrolló el traslado del régimen pensional del demandante, pues no estaban presentes en el momento en que éste se efectuó, y, sólo comentaron su situación en el año 2018, cuando el actor, se enteró que el valor de su mesada pensional sería inferior a sus ingresos.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por las recurrentes, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA hoy AFP PORVENIR S.A., obligada

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA hoy AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo,

teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA hoy AFP PORVENIR S.A., el 5 de agosto de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que los posteriores cambios de Administradora, a la AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS , validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

De otra parte, dado que las apoderadas de PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Además, tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues

los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que fincaron su inconformidad las demandadas, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se les releve de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **GERMAN ZULUAGA CASTAÑO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECICON S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

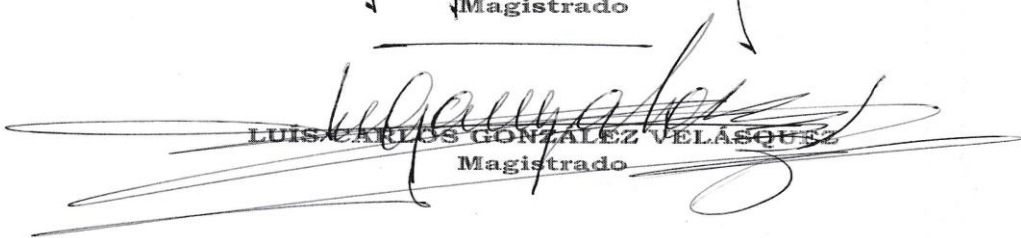
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVILAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007201800656-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 24 de agosto de 2020 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GLORIA STELLA DUQUE TRUJILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderado sustituto de COLPENSIONES al doctor David Ricardo Guillen Rodríguez, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 41 al 46.

ANTECEDENTES

RUTH MARIEN PALMA PARRA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. para que, se declare nulo e ineficaz su traslado al RAIS; en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados desde su irregular afiliación y hasta que se verifique su retorno al RPM, debidamente indexados; que, se ordene a COLPENSIONES recibir dichos aportes y actualizar si historia

laboral; que se condenan los demás derechos ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 14 de agosto de 1951 y cotizó al ISS, entre junio de 1985 y marzo de 1999, cuando, como consecuencia de una asesoría engañosa, tendenciosa, incompleta e insuficiente, sin estudios ni cálculos, un asesor de PROTECCIÓN S.A., le ofreció trasladarse al RAIS, para lo cual suscribió el formulario de afiliación a esa Administradora; que, la AFP demandada, nunca le informó que podía retornar al RPM en vigencia de la Ley 797 de 2003, y, el 23 de julio de 2005 le realizó una reasesoría pensional, concluyendo que lo más conveniente para ella, era quedarse en PROTECCIÓN.

Manifiesta que, padece una grave enfermedad, y se encuentra sometida a un tratamiento médico especializado del alto costo; que, después de 18 de afiliación al RAIS, solicitó una doble asesoría de su situación pensional, en la que se le informó que a los 57 años de edad, en el RAIS, recibiría una mesada pensional de \$906.773 mientras que en el RPM sería de \$3.702.690, diferencia evidentemente traumática que le generaría una pérdida de \$2.795.925 y un enorme perjuicio a sus legítimos derechos obtener una pensión digna que le permita conservar su calidad de vida; que, solicitó a las demandadas la anulación o invalidación e ineficacia de su traslado al RAIS, petición que fue atendida desfavorablemente (fls. 4-19 PDF).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, innominada o genérica y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones (fls. 97-114 PDF).

COLPENSIONES, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal dnoe nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradores de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 159-180 PDF).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de agosto de 2020, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante al RAIS, a través de PROTECCION S.A., el 7 de diciembre de 1999; ordenó a PROTECCION S.A trasladar a COLPENSIONES totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titularla actora, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM, incluyendo todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales; valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados; igualmente, ordenó a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPM a la demandante, desde su afiliación inicial al ISS. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las Administradoras demandadas.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, en el presente caso, no obra ningún medio de convicción que brinde certeza y veracidad suficiente, respecto a que PROTECCION S.A., al momento del traslado de régimen pensional de la demandante, le hubiese suministrado la información cierta, clara, suficiente, comprensible y detallada, respecto de las consecuencias que le traería a su futuro pensional, esa decisión de trasladarse a una Administradora privada de pensiones, situación que constituye una flagrante omisión a su deber de información; que, no se aportó por parte de PROTECCION S.A., prueba de la información que se le brindó a la demandante, ni de los conocimientos, que, en temas pensionales, tenía el asesor, que tramitó la vinculación de la actora, siendo que la AFP, era la parte que estaba en mejor posición de probar, lo que alegó desde su escrito de contestación; que, el formulario de afiliación, no constituye un medio probatorio suficiente e idóneo para acreditar que a la demandante, se le proporcionó la información adecuada, veraz y requerida para su traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentando que, se debió estudiar la particularidad del caso de la demandante, pues, las calidades sobre las cuales se encontraba laborando al momento de la traslado de régimen pensional y hasta la fecha, la hacen una afiliada experta, no se trata de un afiliado lego, por ser asesora de la misma AFP, es decir, que tenía conocimiento de las características del RAIS, permaneció por mucho tiempo, y estuvo de acuerdo, en las condiciones del mismo, sin manifestar inconformidad, de ahí que, su silencio es la manifestación de su deseo de permanecer en dicho regimen; además, no es beneficiaria del régimen de transición, ni gozaba de expectativa legítima alguna respecto de sus derechos pensionales cuando decidió realizar el traslado; que, la

suscripción del formulario fue un acto valido, realizado por una persona mayor, capaz y con todas las calidades profesionales para saber las consecuencias y beneficios de su decisión.

Señala que, se presentó una indebida interpretación de las normas que se refieren al traslado pensional, pues, la voluntad de afiliarse o trasladarse de regimen pensional, para la época de traslado de la actora, no se probada de otra forma, sino con el formulario, ya mencionado, por lo que mal puede solicitársele a la AFP prueba diferente y adicional, cuando no era su obligación dejar constancia escrita al respecto; que, la demandante, no buscó asesoría, ni información en la AFP, ni COLPENSIONES; que, en este caso no se encuentra probado un error en el consentimiento de la demandante, ni un daño que justifique la nulidad; que, COLPENSIONES, se negó a recibirla, no por un capricho, sino en cumplimiento de una previsión legal, de ahí que debe ser exonerada del pago de las costas y agencias en derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora requirió que se confirmé el fallo en razón a que no se brindó la debida información y además el fondo no logró probar la oportuna asesoría del traslado. , COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindo la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con especial énfasis en el deber de información, la carga de la prueba respecto al mismo, y, la procedencia o no de la condena en costas, impuesta a COLPENSIONES .

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues

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

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó, historia laboral de la demandante en PROTECCION S.A. (fls. 21-29 y 124-132 PDF); historia clínica de donde se extrae que la actora, se encuentra en tratamiento por enfermedad catastrófica (fls. 30-31 PDF); proyección de la mesada pensional en retiro programado en el RAIS y su comparación en el RPM, elaborada por PROTECCION S.A. (fls. 32-39 PDF); reclamación y solicitud de nulidad del traslado radicadas por la demandante, en las demandadas, con sus

respectivas respuestas negativas (fls. 40-46 PDF); formulario de vinculación a PROTECCION S.A., diligenciado el 7 de diciembre de 1999 (fl. 47 y 122 PDF); formulario de reasesoría pensional, efectuado por PROTECCION S.A. (fl.48 PDF); consulta SIAF (fl. 123 PDF).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, para el año 1999 ella se encontraba sin trabajo; sin embargo le salió la oportunidad de trabajar en la AFP PROTECCION S.A., presentó las pruebas correspondientes y una vez le confirmaron que iba a ser contratada se presentó en la oficina, allí le entregaron los documentos que eran requeridos para su ingreso a la Compañía, no le dieron opción de elegir otra administradora de pensiones, simplemente le dijeron que, eso era lo que tenía que firmar, y, así lo hizo, sin dudar, pues no podía perder la oportunidad laboral; que, no recibió ninguna clase de información acerca de su traslado de régimen pensional; que ocupa el cargo de asesora, encargada de afiliaciones iniciales al fondo de pensiones, iba a las empresas y hacia las afiliaciones, pero no recibió ninguna capacitación para ello; que, ella no conocía la diferencia entre uno y otro régimen pensional, ni las características, menos aún cuál era más beneficioso, pues, se limitaba al renlotamiento del personal nuevo que llegaba a las empresas, pero no hacia traslados, sólo afiliaba a personas que se vinculaban por primera vez a la Seguridad Social; que, para cuando se acercaba la edad para pensionarse, comenzó a revisar el tema, concluyendo que no la debieron cambiar de régimen pensional, porque por el número de semanas que tenía cotizadas, COLPENSIONES, le pagaba una mejor pensión; que, confió en su empleador, pero, cuando ya fue demasiado tarde, se dio cuenta que estar en el RAIS, no lo más conveniente para ella.; que, actualmente, continua vinculada con PROTECCION S.A., pero, en el área comercial, no tiene relación ninguna con capacitaciones, ni asuntos pensionales, sólo está encargada de verificar el cumplimiento de ventas por parte del personal a su cargo.

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

una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; y es que, en el presente caso, quedó demostrado que la afiliación de la demandante, al RAIS, se dio por una imposición de su empleador, que, siendo la misma AFP demandada, no le dio opción distinta al momento de su vinculación laboral, para seleccionar otra Administradora de Pensiones, sino que, como lo advierte la actora, al absolver interrogatorio de parte, al momento de firmar el contrato de trabajo, PROTECCION S.A., le entregó dentro de los documentos que debía diligenciar, el formulario correspondiente a esa AFP y ella, se limitó a firmarlo, sin recibir ninguna asesoría, ni explicación relacionada con el cambio de régimen pensional; menos aun durante el paso de los años, pues, claramente señaló que, pese a desempeñarse en un comienzo como asesora comercial de dicha Administradora, no recibió capacitación alguna relacionada con los regímenes pensionales.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas; máxime cuando, se reitera, en el presente caso, la actora, ni siquiera recibió información respecto a las ventajas del RAIS, simplemente su empleador, no le dio opción distinta que firmar el formulario de afiliación en pensión a PROTECCION S.A., por lo que existe carencia total de un consentimiento informado por parte de la demandante, quien en aras de obtener un empleo, se limitó a firmar los documentos para su vinculación laboral con la AFP, pero, como se extrae del interrogatorio de parte absuelto por ésta, nunca se enteró de las desventajas y consecuencias que traería para ella, la

suscripción del formulario de afiliación a PROTECCION S.A.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada PROTECCION S.A., como empleador de la actora, obstruyó la libertad de elección de su trabajadora, ya que, no le dio la oportunidad de seleccionar libre y voluntariamente la Administradora de pensiones a la que desea pertenecer; omitiendo PROTECCION S.A., cualquier asesoría o explicación acerca de las consecuencias de la suscripción del formulario de afiliación a esa AFP; alterando la realidad del derecho al que la actora aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., el 7 de diciembre de 1999, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

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

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de agosto de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **GLORIA STELLA DUQUE TRUJILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

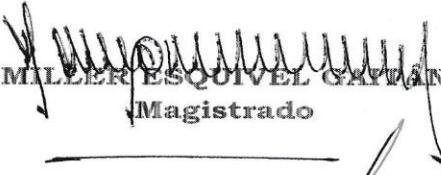
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de

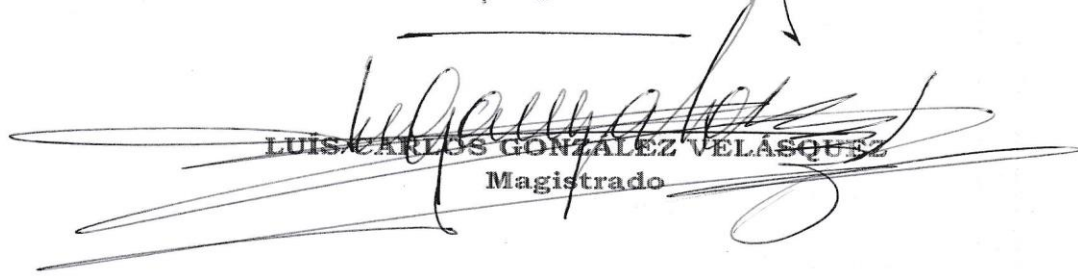
\$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105011201800667-01

En Bogotá D.C., hoy tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 15 de septiembre de 2020 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **OLGA LUCIA SANTIESTEBAN VARGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- a la doctora Claudia Liliana Vela y como apoderada sustituta María Alejandra Almanza Núñez, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 233 al 236 vto.

ANTECEDENTES

OLGA LUCIA SANTIESTEBAN VARGAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. para que, se declare nula e ineficaz su afiliación al RAIS, y que tenga como válidamente afiliada al RPM; en consecuencia, solicita que se condene a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual,

incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiera lugar; que, se condene a COLPENSIONES activar su afiliación al RPM, recibir la totalidad de los aportes trasladados por PROTECCIÓN S.A. y tenerla como válidamente afiliada a ese régimen; que, se reconozcan los derechos ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 20 de diciembre de 1970 y estuvo afiliada al RPM, desde el 11 de marzo de 1991 y hasta el 24 de febrero de 2000 cuando se trasladó al RAIS, a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., porque, en su lugar de trabajo se presentaron unos asesores comerciales de la AFP demandada, le indicaron que el ISS, se encontraba atravesando una crisis financiera, de ahí que, de continuar en esa Entidad, sus aportes estarían en riesgo de perderse.

Refiere que, la AFP, omitió brindarle información completa y clara, acerca de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como de las características de ambos regímenes; no le entregó una proyección pensional que le mostrara cuál sería el monto de su pensión en uno y otro régimen, no le informó la posibilidad que tendría de regresar al RPM antes de los 47 años de edad; que, para el mes de septiembre de 2018, previa petición, PROTECCIÓN S.A., le informó que su mesada pensional pedía aproximadamente de \$1.382.414; suma que no se equipara a sus ingresos mensuales, ni al valor de la pensión que le correspondería en el RPM, estimada en \$4.425.111; que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado de su traslado al RAIS, pero dicha petición fue resuelta desfavorablemente a sus intereses (fls. 2-11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa y la innominada o genérica (fls. 78-108).

COLPENSIONES, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras

de Seguridad Social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (fls. 173-203).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de septiembre de 2020, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante, a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., e igualmente señaló que para todos los efectos legales la actora, nunca se trasladó al RAIS, y por tanto, siempre permaneció en el RPM; condenó a PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los saberes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora SANTIESTEBAN VARGAS, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, gastos de administración, sumas adicionales con intereses o rendimientos, que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del CC; ordenó a COLPENSIONES admitir el traslado de la actora, con sus aportes; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas únicamente a PROTECCIÓN S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, solicitó modificar el numeral tercero de la sentencia apelada, en cuanto ordenó devolver a COLPENSIONES, los aportes, rendimientos y las sumas correspondientes a gastos de administración, teniendo en cuenta que, con la declaración de ineficacia del traslado de la demandante, se pretende asumir que el mismo nunca existió, en consecuencia, la condena debe ser congruente con el efecto perseguido por la parte actora, planteado dos posibles panoramas, excluyentes entre sí; el primero, que, al declarar que la afiliación de la actora, al RAIS, nunca existió, en consecuencia no se causaron rendimientos, ni se cobró lo relacionada a cuota de administración y seguro previsional, en consecuencia, sólo habría lugar a devolver a COLPENSIONES, el monto de las cotizaciones integras, sin deducciones, pero, conservando PROTECCIÓN S.A., lo que se hubiere generado por concepto de rendimientos. La otra opción sería, igualmente asumir que el traslado de la demandante, al RAIS, no existió, caso en el cual, en el RPM también se hubieran generado rendimientos, y, por disposición legal, COLPENSIONES, en su momento hubiere descontado lo correspondiente al seguro previsional y comisión de administración, de ahí que sería congruente, trasladar sólo el capital y rendimientos, conservando la AFP, lo recaudado por cuota de

administración y seguro previsional; máxime que la AFP cumplió con su gestión y dichos recursos ya cumplieron su finalidad, pues, la demandante, tuvo cubiertos todos los riesgos durante el tiempo que estuvo afiliada al RAIS.

Por su parte, **COLPENSIONES**, indicó que, la decisión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, quebranta el principio de sostenibilidad financiera, pues, sería el patrimonio público, quien entraría a pagar un posible derecho pensional a la demandante, sin que ésta haya contribuido al fondo común y ni siquiera bastará para cubrir su propia pensión; pide que, en caso de confirmar la decisión de Primera Instancia, se considere la realización de un cálculo actuarial, a cargo de PROTECCIÓN S.A. o la demandante, para soslayar la descapitalización del Sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicita que se confirme el fallo de primera instancia toda vez que el fondo no logró acreditar el cumplimiento de brindar una adecuada información y asesoría, además el formulario no puede considerarse como prueba. Entre tanto, COLPENSIONES requiere que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con especial énfasis en el deber de información, la carga de la prueba, la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones

y la procedencia o no respecto a la devolución de los gastos de administración, por parte de PROTECCIÓN S.A.

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017, pues independientemente de ello las Administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó, formulario de vinculación o traslado de la demandante a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS, suscrito el 24 de febrero de 2000 (fl. 30 y 120); relación de pago de aportes realizado por el empleador FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (fls.31-34); reporte de semanas cotizadas por la actora en COLPENSIONES (fls. 36-38); historia laboral de la demandante en PROTECCIÓN S.A. (fls. 39-44 y 143-158);

simulación pensional elaborada por PROTECCIÓN S.A. (fls. 45-46); solicitud de nulidad del traslado presentada por la actora, a las demandadas, con sus respectivas respuestas negativas (fls.48-54); consulta SIAF (fls 121-122); resumen de historia laboral para bono pensional (fls. 127-130); el reporte estado de cuenta de la actora en PROTECCIÓN S.A. (fls. 131-142); expediente administrativo pensional de COLPENSIONES (CD fl. 204)

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, para el año 2000 se desempeñaba como auxiliar de enfermería, en la Clínica San Rafael de Bogotá, no recuerda el día, pero, les informaron que iban a tener una charla sobre pensiones, les daban la oportunidad de ir por turnos, a la charla que se hacía en el auditorio del hospital, los jefes los dejaban ir de dos en dos, porque por los pacientes no tenían tiempo, de hecho, dice que recuerda que había más personal de la parte administrativa que del servicio médico, que fue con otras compañeras, había cerca de 30 personas, y estaba la empresa COLMENA; que, en dicha reunión les hablaron de la posibilidad de cambiar de administradora de pensiones, sobre todo porque el Seguro Social se iba a acabar y no iban a tener la oportunidad de pensionarse, les pasaron el formulario, lo diligenciaron y ya, no tuvo más información; asegura que no conocía las condiciones para pensionarse en el RPM; que, la única explicación dada fue el cierre del Seguro Social y no era una garantía para pensionarse, sólo tenían 15 o 20 minutos llenaron y se fueron, no preguntaron nada, ni tenían conocimiento alguno sobre pensiones; que, solo hasta el año 2018, cuando se encontraba trabajando en el Fiscalía General de la Nación y un compañero le comentó que tenía un problema para pensionarse, se preocupó por su tema pensional, solicitó una asesoría en PROTECCIÓN S.A., fue un asesor a su oficina, y ahí sí recibió toda la información que nunca antes se le había brindado, indicándole que ya no podía regresar el RPM, que, esa Administradora se había intentado comunicar telefónicamente con ella el 28 de diciembre de 2007, antes de cumplir los 47 años de edad, para comunicarle la posibilidad que tenía de volver a COLPENSIONES; refiere que, para esa fecha ella ya había cumplido los 47 años de edad , y de nada habría servido la llamada; que, el asesor le informó cuál sería el valor de su mesada pensional en uno y otro régimen; que, tenía que cotizar sobre más o menos \$11.000.000 mensuales, para recibir una pensión acorde a sus ingresos actuales, lo cual para ella resulta casi imposible.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora OLGA LUCIA SANTIESTEBAN VARGAS, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PROTECCIÓN S.A., el 24 de febrero de 2020, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Tampoco considera esta Sala que, declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, desconozca los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales; razón por la que, tampoco resulta procedente acceder a lo solicitado por COLPENSIONES, en relación con la elaboración de una cálculo actuarial a costa de PROTECCIÓN S.A. o de la demandante, para soslayar la descapitalización del Sistema, pues, advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 28667 del 29 de julio de 2002: *“la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”*

Finalmente, dado que la apoderada de PROTECCIÓN S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto).

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

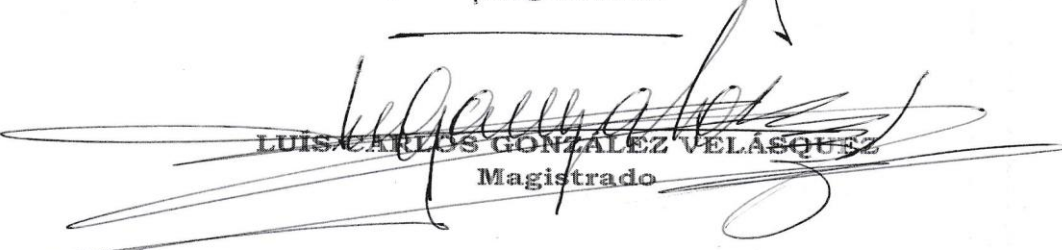
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2020, por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **OLGA LUCIA SANTIESTEBAN VARGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105029201900670-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 04 de septiembre de 2020 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **IVÁN VERA RIVERA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**; Se reconoce personería adjetiva a la Dr. BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL en condición de abogada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S, persona jurídica que actúa en condición de apoderada especial de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

ANTECEDENTES

IVÁN VERA RIVERA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y

la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que, previa declaración de anulación o ineficacia de su traslado al RAIS, por falta de consentimiento informado; se condene a PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES el capital y los rendimientos financieros acumulados en su cuenta de ahorro individual; que, se ordené a COLPENSIONES al recibir dichos valores y contabilizarlos válidamente en su historia laboral, como si nunca se hubiese cambiado de régimen; que, COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez, una vez cumpla con los requisitos legales para ello, y se le conceda lo ultra y extra petita, junto con las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 24 de octubre de 1962; que, inicialmente estuvo afiliado al RPM a través de CAJANAL, donde cotizó de forma continua e ininterrumpida desde el 11 mayo de 1983 hasta 31 de mayo de 1995, año en el que se encontraba trabajando para la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica, y fue abordado por un asesor comercial de la AFP DAVIVIR S.A., quien le ofreció que se trasladará de régimen pensional argumentando que el ISS, iba a entrar en liquidación y dejaría a sus afiliados sin posibilidad de pensionarse en un futuro; además, que, en el RAIS, se podía pensionar a la edad que quisiera y con una mesada superior a la que posiblemente le correspondería en el RPM; sin explicarle con suficiente claridad y veracidad, cuál sería el monto del capital que debía acumular para pensionarse de forma anticipada; brindándole una información incompleta y fraccionada por el evidente conflicto de intereses con el que actuó al vender dicho producto financiero.

Refiere que, al momento de su traslado, no se le entregó el Reglamento del Fondo Obligatorio de Pensiones, ni se le informó acerca de la posibilidad de hacer uso de la cláusula de retracto; que, por la errada y parcializada asesoría de las Administradoras privadas de pensiones, entre 1995 y 2019, hizo distintos cambios de AFP, de ahí que, estuvo afiliado a ING PENSIONES Y CESANTIAS, la AFP PORVENIR S.A., SKANDIA y PROTECCIÓN, sin que en ninguna de ellas, le brindara una adecuada información, clara, completa y por escrito, de las consecuencias del cambio de regimen y las eventuales condiciones adversas de su decisión; que, con el paso del tiempo, por averiguaciones adelantadas de forma particular, pudo establecer que nada de lo dicho por los asesores de las AFP, era cierto, pues, la pensión que le correspondería en el RAIS, es bastante inferior, a la que se le podría reconocer en el RPM; y que, agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES (fls. 107-139).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS, COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., y

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

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS hoy **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS**, propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos prácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica (fls.171-181).

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 197-204).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso 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 (fls. 221-243).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de 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 y la innominada o genérica (fls. 292-305).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de septiembre de 2020, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, ante la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION S.A., entendiendo, para todos los efectos legales, que nunca se trasladó al RAIS, y por lo mismo, siempre permaneció en el RPM; ordenó a PROTECCION S.A., devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto de

cotizaciones y rendimientos, para lo cual le concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia; igualmente, le ordenó a COLPENSIONES, recibir de la AFP PORVENIR S.A., todos los valores y actualizar la historia laboral; sin imponer condena en costas.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, al demandante, al momento de su traslado al RAIS, los asesores de DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS, le suministraron una información incompleta y negativa, que, influyó en su decisión para cambiarse de régimen pensional; siendo que, no se trata de una simple consumidora financiera, sino de la beneficiaria de un derecho constitucional, como es el derecho a la Seguridad Social, estando las Administradoras de Pensiones, en la obligación de brindarle toda la información y garantías para que al final de su vida, pueda gozar de los beneficios del derecho pensional, en la forma que mejor les convenga (fls.322-325).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insiste en confirmar la sentencia en la medida que accede en forma diáfana a las pretensiones principales de la demanda, además las AFP están obligadas a brindar información en las condiciones planteadas por el a-quo. PORVENIR S.A. peticiono la revocatoria del fallo como quiera que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado del régimen pensional pues se hizo de manera libre, voluntaria y consciente tal y como se expresa en el formulario de afiliación, no existiendo una posición dominante del fondo quien cumplió con el deber del buen consejo habiendo contado múltiples oportunidades para regresar al RPM.

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de

ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de

*la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

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

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

Al respecto, al plenario se allegó certificación de la UAE Aeronáutica Civil, empleador del demandante, donde enlista las distintas Administradoras, a las cuales ha efectuado el pago de las cotizaciones a pensión a favor del actor (fl. 7); historia laboral de PROTECCION (fls. 8-18); certificación electrónica de tiempos laborados - CETIL (fls. 19-25); reclamación administrativa radicada ante COLPENSIONES y su correspondiente respuesta negativa (fls. 26-28); formulario de afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias SKANDIA, suscrito el 9 de octubre de 2007 (fl. 165); certificación traslado aportes pensionales de SKANDIA a ING S.A. (fl. 166); estado de cuenta SKANDIA Fondo de pensiones obligatorias (fl. 167-168); consulta SIAF (fls. 169-170, 211-213 y 259); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 208); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 214-217); certificación traslado aportes de la AFP PORVENIR S.A. a ING S.A. (fl. 218); formulario de actualización de historia laboral y solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., del 14 de agosto de 1994 (fls. 219-

220); formulario de vinculación a DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS, firmado el 25 de mayo de 1995 (fl. 258); comunicación del demandante, dirigida a su empleador AERONATICA CIVIL, fechada 25 de mayo de 1995, informándole el traslado de régimen pensional (fl. 256); solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias SANTANDER, del 21 de febrero de 2002, efectiva a partir del 1 de mayo de 2002 (fl. 257); formulación de vinculación a ING Fondo de Pensiones, diligenciado el 31 de agosto de 2009 (fl. 258); liquidación historia laboral Oficina de Bonos Pensionales (fl. 260); reporte estado de cuenta PROTECCION (fls.261-279).

Igualmente, dentro del curso del proceso, las representantes legales de PROTECCION S.A., OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., absolvieron interrogatorio de parte, indicando que dichas Administradoras, tiene un Reglamento donde se encuentran consignadas las reglas de afiliación, características del RAIS y normatividad; que, el demandante, al momento de su traslado al RAIS, recibió una asesoría general, donde se le explicaron características de ese régimen, conforme a la normatividad vigente para cada época.

Por su parte, el demandante, informó que, en mayo de 1995, cuando la Aeronáutica Civil, aun funcionaba en las instalaciones del Aeropuerto El Dorado, se presentó un asesor de Davivir, le dijo que ellos estaban autorizados por el Gobierno nacional para realizar afiliaciones a pensión, porque el Seguro Social se había acabado y ellos iban a ser una empresa prestadora; que, tendría ventajas, pero no más, no recibió ninguna capacitación, simplemente firmó y ya; que, fue una asesoría individual, de aproximadamente 10 minutos, porque en la oficina había varias personas esperando para hacer el mismo cambio; que, no recibió una asesoría completa y solo cuando comenzaron sus demás compañeros a pensionarse entendió que había tomado una decisión equivocada, ya que, sus pensiones son por valores pírricos; que, siempre se mantuvo en el RAIS, porque CAJANAL y el Seguro Social, se iba a acabar, además, ninguno le ha ofrecido mejores condiciones.

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

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS hoy PROTECCIÓN S.A., el 25 de mayo de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que los posteriores cambios de Administradora, a ING S.A., AFP PORVENIR S.A., OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS y SANTANDER PENSIONES Y CESANTIAS S.A., validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte

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

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Sin costas en esta Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **IVÁN VERA RIVERA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, **OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

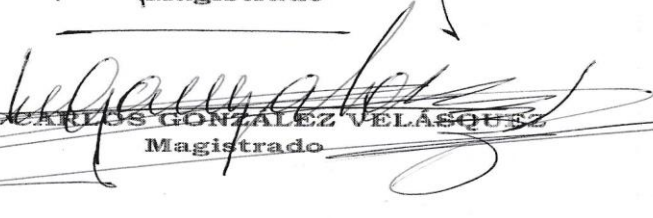
SEGUNDO: sin **COSTAS** en esta Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026201900673-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 31 de agosto de 2020 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GLORIA INÉS HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes y como apoderada sustituta a la doctora María Camila Bedoya García, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 218 vto al 221 vto.

ANTECEDENTES

GLORIA INÉS HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., para que, previa declaración de nulidad de su traslado al RAIS; se condene a esa Administradora, a tramitar de manera inmediata su regreso automático al RPM, administrado por

COLPENSIONES, trasladando los valores de su cuenta de ahorro individual; que, se reconozca lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 30 de octubre de 1959; que, cotizó al Instituto de Seguros Sociales, a partir del 20 de septiembre de 1988, hasta el 1 de julio de 1995, cuando se trasladó al RAIS administrado por PROTECCION, debido a una asesoría autorizada por la empresa CI Industrias Humcar S.A.S., donde prestaba sus servicios, la cual que no duró entre de 10 a 15 minutos y se desarrolló de manera grupal; oportunidad en la cual, el asesor de PROTECCION, les informó a todos los trabajadores, que su pensión sería más favorable si se trasladaban al RAIS, que podían pensionarse antes de la edad mínima legal, que, el ISS, se iba a acabar, y que, al trasladarse le sería emitido un bono pensional, como reconocimiento de sus aportes al ISS, calculado con al salario base; omitiendo el representante de la AFP, informarle que, perdería automáticamente el regimen de transición; que, le descontarían de sus aportes a pensión, gastos de administración; que, debía hacer aportes voluntarios, para poder pensionarse en el RAIS, de manera anticipada; que, el bono pensional sólo podría redimirse a los 60 años de edad; que no tendría derecho a mesadas adicionales.

Refiere que, tampoco se le elaboró una proyección del posible valor de su mesada pensional, en uno y otro régimen; que, el 1 de septiembre de 2006, PROTECCION, le efectuó un cálculo de la mesada, al cumplir los 57 años de edad, equivalente a \$1.483.089, que, comparada en ese momento con lo que podría obtener en el RPM administrado por COLPENSIONES, de \$1.510.672, sólo representaba una diferencia de \$27.583, por lo que decidió continuar en el RAIS; sin embargo, nuevamente el 23 de marzo de 2018, se efectuó un nuevo cálculo pensional, por parte de la AFP, proyectándole una mesada pensional a los 58 años de edad de \$1.728.109, o de \$2.121.030 a los 60 años; mientras que, en el RPM, su cuantía sería de \$3.400.000; que, agotó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, negándole el traslado solicitado (fls.1-15).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica (fls. 100-108).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica (fls. 120-141).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de agosto de 2020, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas, de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que, si bien, es cierto para 1995, no se le brindó a la actora, una asesoría plena, informándole las características propias del RAIS, ni cómo se podría obtener una pensión en dicho régimen, dicha falencia fue subsanada, con la reasesoria dada a la demandante, en el año 2006, cuando aún tenía la oportunidad de retornar al RPM, hecho ratificado por la actora, en su interrogatorio de parte, por lo que, debe entenderse que su sentir era continuar en el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación, solicitando revocar en su totalidad la sentencia impugnada y reconocer las pretensiones de la demanda, pues, si bien es cierto, que obra prueba de la reasesoria dada a la demandante, en el año 2006, del mismo no se puede extraer que en su momento se haya dado la información que pudiera permitir a la demandante, determinar, realmente, cuál era la conveniencia de uno y otro régimen pensional; considera el recurrente que, la omisión al deber de información en que incurrió PROTECCION, en 1995, no puede entenderse subsanada con el formulario del 2016, ya que, se trató de dos actos diferentes; debiendo valorarse, como lo tiene dicho la jurisprudencia, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en que se efectuó el traslado de régimen pensional, no los actos emitidos con posterioridad; siendo entonces, en ese momento, cuando surgió la ineficacia, pues, no obra en el plenario ninguna prueba que permita establecer, que la AFP, le dio a la actora la información suficiente, para efectos de poder determinar su futuro pensional; manifiesta que, incluso con el formulario de reasesoria, PROTECCION, hizo nuevamente incurrir en error a la actora, ofreciéndole una mesada pensional equivalente en el RAIS y el RPM, sin explicarle nuevamente, cómo se obtenía dicho valor, ni cuál le era más favorable; persistiendo el engaño, que, no sólo se produce con lo que se dice, sino también con lo que se omite.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora peticiono que se revoque la sentencia porque debe tenerse en cuenta que la AFP no cumplió con la carga de la prueba de demostrar que brindo una correcta asesoría al momento de la afiliación, sin que la reasesoría de fecha 4 de septiembre de 2006 subsanara tal falencia. Entre tanto, COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá determinar, si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al absolver a las demandadas, de las pretensiones incoadas en su contra o si, por el contrario, hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la actora, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito

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

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

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

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

En punto a lo argüido por la peticionaria, debe precisarse que esta presentó demanda ordinaria laboral en la cual, formuló la siguiente pretensión declarativa:

*“Que se declare que **en el presente caso ha existido un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias** suscrito entre la Señora MARÍA CRISTINA MUÑOZ ROJAS y el Fondo de Pensiones SKANDIA, **pues tanto en la etapa pre-***

contractual, como en el momento de la ejecución del contrato, se le ocultó información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones, específicamente el hecho de no haberle informado que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES.

Consecuente con lo anterior, pidió que declarada la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condene a la AFP SKANDIA al traslado de los aportes cotizados a COLPENSIONES.”

De esta manera es claro que la aspiración de la parte demandante, no estaba encaminada a que una vez declarada la nulidad de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual, pudiera entenderse «beneficiaria» del régimen de transición.

Destáquese, además, que esa situación adquiere mayor relevancia constitucional si se tiene en cuenta que mediante sentencia de 15 de agosto de 2015, aunque el juzgado accedió a declarar la pretendida nulidad, también aclaró que «la demandante no cumple los presupuestos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», aspecto frente al cual la parte interesada, esto es, María Cristina Muñoz Rojas, estuvo conforme, pues no apeló tal determinación, circunstancias bajo las cuales resulta latente el error del Tribunal, pues fundó su decisión en un precedente de esta Sala que no se ajustaba al caso sometido a su consideración, lo que significó, en últimas, que no resolviera el conflicto jurídico materia de controversia.” (Negrilla fuera de texto)

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

Debe de forma adicional estudiarse la carga de la prueba, es así como en sentencia SL 33083 de noviembre de 2011 que relaciono la Sala como aplicación de la línea jurisprudencial previamente indicada, la Corte Suprema de Justicia sobre la carga de la prueba expresó que le corresponde precisamente al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que estima debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba, pues se encontraba concretamente el fondo de pensiones en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, pues evidentemente

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

Al respecto, obra en el plenario reporte de semanas cotizadas por la demandante en COLPENSIONES (fl. 23); formulario de solicitud de vinculación a PROTECCION, suscrito el 15 de junio de 1995 (fl. 24 y 150); simulación pensional efectuada por PROTECCION a la demandante, el 1 de septiembre de 2006, de donde se extrae que, a la edad de 57 años, en el RAIS, obtendría una mesada pensional de \$1.483.089, y, en el RPM de \$1.510.672 (fls. 25-26); solicitud nulidad del traslado presentada por la actora a PROTECCION y su respuesta negativa (fls. 27-35); historia laboral de PROTECCION (fls. 36-44 y 157-165); historia laboral Oficina de Bonos Pensionales (fls. 45-46); reclamación administrativa radicada ante COLPENSIONES, con su respectiva respuesta desfavorable (fls. 48-52); consulta SIAF (fl. 154); reporte estado de cuenta de ahorro individual de la actora (fl. 155); formulario de reasesoria pensional de fecha 4 de septiembre de 2006 (fl. 194).

Al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de la PROTECCION, informó que, para la fecha del traslado de la actora, se le entregó copia del formulario, que al respaldo tenía varia información, como el reglamento, y algunas características del régimen; que, para la época las asesorías se realizaban de manera verbal y se les explicaba toda la situación del RAIS, eran charlas generales o individuales, se les entregaba toda la información de las características de uno y otro régimen, se realizaban proyecciones, según las características propias del afiliado, dependiente del tiempo del cliente, podía hacerse la proyección en el momento o posteriormente; indica que, tener en la charla comentarios sobre lo que constituía una desventaja del regimen, no era pertinente, ni se exigía para ese momento, pues, la Ley 100 de 1993, solo exigía una charla donde se informaran las características y diferencias de uno y otro régimen, sin que la esa fecha, contara la AFP, con la información no sólo económica, sino de vida de la actora, a efectos de calcular su mesada pensional; que, en el 2006 se hizo una reasesoria, en cumplimiento de la Ley 797 de 2003; además, ya tenía aportes por más de 10 años, tuvo un cambio de salario, y no constituyó una familia, factores con lo que puedo la AFP, realizar una proyección respecto al valor de la mesada pensional, más ajustada a la realidad.

Por su parte, la demandante, indicó que, PROTECCION, llegó a la empresa donde trabajaba, porque llevaron los asesores por parte de recursos humanos, les hicieron una reunión grupal, porque estaba de moda el tema de las nuevas Administradoras de Pensiones, les dijeron que, el Seguros Social, se iba a acabar, que se podía pensionar antes de la edad legal y con un valor mayor, que el Seguro Social estaba en muy mal estado y era la salvación para esa Entidad; que, luego los asesores fueron a los puestos de

trabajo y como ya estaba todo dicho firmó el formulario; las preguntas fueron grupales y relacionadas con la información brindada, nunca le dijeron cuál sería el valor de su mesada pensional, se trató de confianza y credibilidad porque la AFP, era de renombre; que, se afilió y no se volvió a preocupar por el tema de la pensión, hasta ahora cuando advierte que la proyección de la pensión elaborada por PROTECCION, no cubre sus necesidades básicas; que, en el año 2006, le hicieron una proyección, donde el asesor le indicó que la diferencia del valor de la pensión en uno y otro regimen, no era significativa, para ponerse a hacer todo el proceso que implicaba el traslado.

también declaró la señora ESPERANZA GUZMAN SUÁREZ, quien fue compañera de trabajo de la demandante, indicó que, ella también se encuentra afiliada a PROTECCION, porque en el año 1995 les hicieron una reunión grupal en la Empresa, un asesor de esa AFP, les habló de las ventajas de afiliarse al Fondo privado, como que se podían pensionar antes de la edad mínima y que el valor de su pensión sería superior; que, no les informaron nada respecto a qué sucedería con sus cotizaciones en caso de fallecimiento, no les dijeron cómo liquidaba su pensión; que, estuvo con la demandante, en la charla, pero no cuando ella firmó el formulario, que no hicieron preguntas.

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., el 15 de junio de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que la reasesoría dada por PROTECCION a la actora el 04 de septiembre de 2006, validara el traslado inicial, donde la AFP demandada, no cumplió, el 15 de junio de 1995, con su obligación de suminístrale suficiente, amplia y oportuna información, como se ha señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 68838 del 8 de mayo de 2019, donde se advierte:

“...si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1.º de abril de 1994. Es decir, así se

hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas, ya había perdido la transición.

*En segundo lugar, porque **la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad.** Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información...”* (Negrilla fuera de texto)

En atención a lo expuesto, se revocará la decisión de Primera Instancia, en cuanto se abstuvo de declarar la nulidad del traslado que la demandante, hizo del Instituto de Seguro Social al fondo privado administrado por el régimen de ahorro individual con solidaridad, por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. el 15 de junio de 1995, para en su lugar declararla.

Además, deberá condenarse a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, los gastos de administración y comisiones, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES quien administra el régimen de Prima Media con Prestación Definida, y, a su vez, deberá recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta Instancia judicial y validar la afiliación de la demandante, al régimen de Prima Media con Prestación Definida.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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

Sin COSTAS en esta Instancia. Se REVOCAN las de Primera Instancia, que estarán a cargo de las demandadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 31 de agosto de 2020 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia, promovido por **GLORIA INÉS HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A**, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante GLORIA INÉS HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, el 15 de junio de 1995, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

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

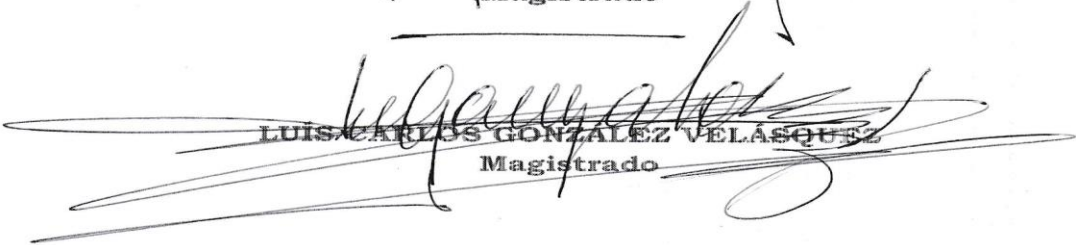
CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación de la demandante al régimen de Prima Media con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

QUINTO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se **REVOCAN** las de Primera Instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026201900675-01

En Bogotá D.C., hoy tres (3) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PROTECCION S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 25 de junio de 2020 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA MARÍA GAVIRIA VÁSQUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**; No sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de Colpensiones a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes y como apoderada sustituta a la doctora María Camila Bedoya García, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 252 a 254 VTO

ANTECEDENTES

CLAUDIA MARÍA GAVIRIA VÁSQUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS; en consecuencia, se condene a PROTECCION S.A., trasladar a COLPENSIONES la totalidad de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar; que, se ordene a

COLPENSIONES activar su afiliación en pensión, actualizar su historia laboral, incluyendo las cotizaciones efectuadas por ella en el RAIS; que, se reconozcan los derechos ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 20 de febrero de 1963; que, empezó a cotizar al sistema de pensiones a través del Instituto de Seguros Sociales, el 1 de septiembre de 1984, posteriormente cotizó en CAJANAL, desde el 13 de octubre de 1992 hasta el 30 de marzo de 2000, cuando PROTECCION S.A., mediante engaños la persuadió para que se vinculara al RAIS, sin informarle al momento de su afiliación, las implicaciones del traslado de régimen pensional; tampoco, se le explicó la naturaleza propia del régimen de capitalización, no se le brindó información sobre las desventajas y riesgos del RAIS, PROTECCION S.A. no la ilustró sobre los distintos escenarios comparativos de pensión, en uno y otro régimen pensional; además, omitió informarle, el capital que debía acumular para lograr una pensión de vejez en el RAIS.

Refiere que, acercándose a la edad de pensión y por comentarios que escuchó de sus compañeros de trabajo, el 2 de abril de 2017 le solicitó a la demandada, la elaboración de una estimación de su mesada pensional a los 57 años de edad; sin embargo, como no obtuvo respuesta alguna, tuvo que acudir a una asesoría particular, donde luego de un análisis actuarial concluyeron que de haber continuado en el RPM, su derecho pensional hubiese sido 4.5 veces mayor al que le corresponde en el RAIS; que, reclamó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, sin que a la presentación de la demanda, haya obtenido respuesta alguna al respecto (fls. 2-20 y 93-94).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

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

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con DAVIVIR hoy PROTECCION, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica (fls. 109-115)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 188-196).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de junio de 2020, el Juzgado veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante, al RAIS, condenando a PROTECCION S.A., a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la actora, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a COLPENSIONES a aceptar dicha transferencia y contabilizar para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante en el RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCION S.A.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, del formulario de afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCION S.A., suscrito por la demandante, no se puede acreditar o desprender que la hayan ilustrado sobre las características propias del RAIS, sin que exista otro elemento de prueba del cual se pueda desprender dicha circunstancia; tampoco se le explicó sobre el bono pensional, si ella tenía derecho al mismo, cuándo se redimiría; además que, el hecho de que la demandante fuera abogada no le quitaba a la Administradora de pensiones, la obligación brindarle una información clara suficiente y oportuna respecto a las implicaciones de su traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada PROTECCION S.A., interpuso recurso de apelación, sólo en cuanto a la orden de devolución de los gastos de administración, argumentando que, es un descuento que procede por mandato legal, no es potestativo de la AFP, ni depende del conocimiento que tenga o no el afiliado respecto a su cobro; que, se trata de gastos destinados a la administración, conservación y generación de frutos de los aportes efectuados, que se ven reflejados en los rendimientos obtenidos, y, no pueden de manera alguna causar un detrimento en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, ni un perjuicio, por ello, los aportes pensionales, se conservan y generan rendimientos; Adicionalmente los seguros de invalidez y sobrevivencia, también son gastos autorizados por la ley, tanto en el RAIS, como en el RPM, y tiene una destinación específica, de los cuales también se ha lucrado la parte actora, por lo que, siendo el Sistema de Seguridad Social, uno sólo, independientemente del régimen al cual se pertenezca, en virtud de la equidad, aun a la luz de la ineficacia del traslado de régimen pensional, no puede verse beneficiada por un enriquecimiento sin causa, desconociendo la labor efectuada por la Administradora, para conservar sus aportes y generar rendimientos sobre ellos; que, COLPENSIONES también se vería beneficiado con unas comisiones de administración, por un trabajo que nunca realizó; que, adicionalmente ordenar la devolución de los seguros de

invalidez y sobrevivencia, resulta imposible cuando estos conceptos ya fueron cancelados a una aseguradora, que actúa como tercero, que no fue vinculado al proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. Habiéndose verificado los requisitos previstos en la ley.

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada PROTECCION S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con especial énfasis en la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora, contrario a lo expuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en su recurso, quien aseguró que para la fecha de traslado de la regimen pensional de la demandante, no existía normatividad que les impusiera a las AFP, la obligación de suminístrale suficiente, amplia y

oportuna información a los afiliados, respecto a las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó, historia laboral de la demandante en PROTECCION S.A. (fls. 22-26, 121-137 y 143-180); certificación de información laboral para bono pensional y su liquidación (fls.28-30); reporte de semanas cotizadas por la actora en COLPENSIONES (fls. 31-35); reclamaciones presentadas ante las demandas para obtener la nulidad del traslado al RAIS (fls. 36-39); formulario solicitud de vinculación al fondo obligatorio de pensiones DAVIVIR, suscrito el 4 de febrero de 2000 (fl. 116); consulta SIAF (fl. 117) respuesta negativa de PROTECCION S.A., a la solicitud de nulidad del traslado de la demandante, al RAIS (fls. 118-120 y 138-142); expediente administrativo de la demandante en COLPENSIONES (CD fl. 197)

De otro lado, al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de PROTECCION S.A., informó que, para la época del traslado de régimen pensional de la demandante, la labor comercial de la AFP, implicaba conocer al cliente, quien le informaba al Administradora sus datos generales y su situación pensional; sin embargo, para el año en que la actora, suscribió el formulario de afiliación, la información que PROTECCION S.A., tenía de sus antecedentes laborales, era la que ella le suministraba; que, de acuerdo a la política comercial para el año 2000 a la demandante se le debió informar de

manera verbal la comparativa de su mesada pensional en uno y otro régimen, pues, para dicha data no existían normas que exigieran dejar constancia escrita respecto a la información brindada a los afiliados, de ahí que, el hecho de que hubiese sido verbal no significa que no existiera o no se hubiese dado; que, toda la actuación comercial de la AFP, se fundamenta en el principio de la buena fe, por lo que debe asumirse que los asesores, cumplieron con el deber de información que actuaron de buena fe; que, las proyecciones pensionales también pueden ser solicitadas de oficio, sin que la demandante, se haya presentado ante PROTECCION S.A., a solicitar su elaboración; que, a través de un periódico de amplia circulación nacional se le informó a todos los afiliados la posibilidad que tenían de retornar al RPM a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Por su parte, la demandante, indicó que, en el año 2017 le solicitó a PROTECCION S.A., información acerca de cuál sería el valor de su mesada pensional, debido a la inconformidad que algunos compañeros de trabajo le habían dado a conocer respecto a la mesa pensional que ellos recibirían en dicho régimen, pero como no obtuvo respuesta contrató una asesoría particular, con la sorpresa que obtendría un resultado muy desfavorable para sus intereses, porque iba a recibir una pensión muy baja, como de \$1.500.000, cuando ella cotiza con un salario aproximado de \$13.000.000; y que, además, nada tenía que ver con la información brindada al momento de la afiliación, donde solo le hablaron de los beneficios, pero no de los perjuicios que le traería su traslado de régimen pensional; que, para el año 2000, trabajaba en la DIAN, y era costumbre de la Entidad, llevar asesores comerciales, de distintos servicios, entonces, como para esa época estaban en boom las Administradoras privadas de pensiones, y la liquidación del ISS, se trasladó, y, estaba tranquila, porque parecía algo seguro; sin que, por el hecho de ser abogada, no fuera igualmente engañada con la mala información dada por los asesores de la AFP, porque de haber sabido las implicaciones de esa decisión, jamás hubiese suscrito el formulario de afiliación.

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

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada DAVIVIR hoy PROTECCION S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a DAVIVIR hoy PROTECCION S.A., el 04 de febrero de 2000, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

De otra parte, debe indicarse que, el nivel profesional que ostenta la demandante, no exonera a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, máxime cuando la ley es general, impersonal y abstracta.

Finalmente, dado que el apoderado de PROTECCION S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo, encaminada a restituir no

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

Los anteriores argumentos, resultar suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de julio de 2020, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CLAUDIA MARÍA GAVIRIA VÁSQUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente PROTECCION S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

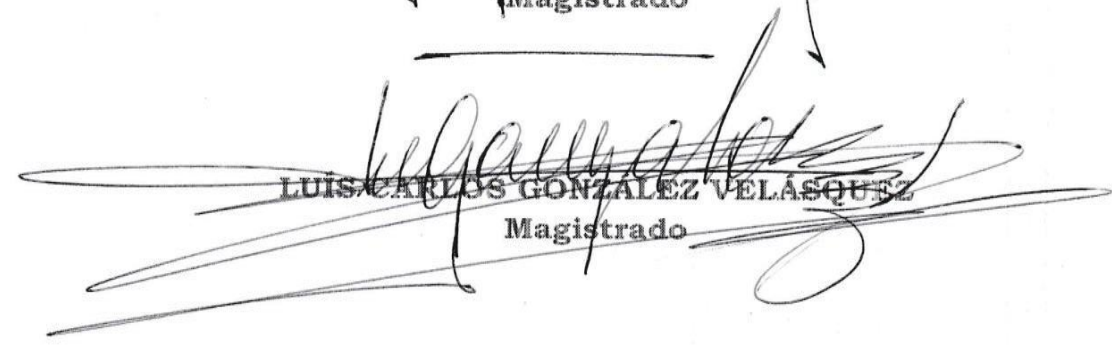
Los magistrados



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CATTAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105022201700812-01

En Bogotá D.C., hoy tres (03) de junio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A. OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 26 de junio de 2020 por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS ANDRÉS VEGA VARÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

LUIS ANDRÉS VEGA VARÓN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, así como las distintas afiliaciones efectuadas dentro de dicho régimen; y que, en consecuencia,

se ordene a PROTECCIÓN S.A. OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos, devengados durante todo el tiempo en que dichos valores estuvieron en poder de esas Administradoras; que, se ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación al RPM, recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar y corregir su historia laboral; que, se condene a PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR S.A., al reconocimiento y pago de los perjuicios Morales causados estimados en 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes o en la suma que considere el juez de instancia; que, se condene a las demandadas al pago de las costas procesales.

de manera subsidiaria y en caso de no prosperar ninguna de las anteriores pretensiones, de manera subsidiaria solicita el actor, se declare la inexistencia del acto por medio del cual se trasladó al RAIS; se ordene a PROTECCIÓN S.A. OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos, devengados durante todo el tiempo en que dichos valores estuvieron en poder de esas Administradoras; que, se ordene a COLPENSIONES reactivar su afiliación al RPM, recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar y corregir su historia laboral; que, se condene a PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR S.A., al reconocimiento y pago de los perjuicios Morales causados estimados en 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes o en la suma que considere el juez de instancia

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 19 de febrero de 1959, y, estuvo afiliado al RPM, a través del Instituto de Seguros Sociales, desde el 20 de febrero de 1987 y hasta diciembre de 1994, cuando sin recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación con PROTECCIÓN S.A., trasladándose al RAIS, por considerar que sería mucho más beneficioso para él; que, posteriormente y bajo los mismos argumentos errados en agosto de 2006 suscribió formulario de afiliación con OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; e igual situación acaeció en agosto de 2011, cuando se afilió a la AFP PORVENIR S.A., donde permanece hasta la actualidad.

Refiere que, ninguno de los asesores que participaron en su afiliación en las distintas Administradoras privadas de pensiones, contaban con títulos ni formación profesional o capacitación adecuada alguna que les permitiera informar o suministrar de manera completa, ver si suficiente las consecuencias de tomar la decisión de trasladarse al RAIS; en ningún caso le advirtieron que la pensión podría ser inferior a la del RPM, ni que no se podría pensionar por cuánto capital ahorrado, sería insuficiente para

acceder a un derecho pensional similar al del RPM; menos aún le advirtieron que el valor de su mesada pensional dependería de la modalidad de fondo que escogiera ni le explicaron en qué consistía cada una de ellas; que, nunca le advirtieron acerca de la negociación del bono pensional, ni el derecho a retractarse cuando efectuó su traslado inicial al RAIS, por el contrario de manera engañosa se le indicó que su pensión sería más ventajosa, que el RPM desaparecería y que solo tenía que firmar un documento.

Manifiesta que, le solicitó a la AFP PORVENIR S.A. la proyección del valor de la mesada pensional resultando a todas luces desfavorable comparada con la que le correspondería en el RPM, por lo que le solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, por la falsa expectativa creada por sus asesores y la incertidumbre sobre los ingresos con los cuales tendría que subsistir culminada su vida laboral (fls. 63-93)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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

COLPENSIONES, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 102-120).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe de la AFP PORVENIR S.A., prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, prescripción de la acción adjetiva que pretende atacar la validez de la afiliación a PORVENIR S.A., ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la innominada o genérica (fls. 127-150).

PROTECCIÓN S.A., propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., inexistencia de perjuicio causado por la AFP PROTECCIÓN S.A., buena fe por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., prescripción y la excepción genérica (fls. 192-199).

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa en existencia de la obligación (fls. 233-272).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de junio de 2020, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS; ordenando a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quién está obligada a recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor; ordenó a PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL remitir a COLPENSIONES los dineros recaudados por concepto de gastos de administración, durante el tiempo que perduró la aparente afiliación del demandante a esos fondos; declaró no probadas las excepciones propuestas y condena en costas a la AFP PORVENIR S.A., OLD MUTUAL y PROTECCIÓN S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A. OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

PROTECCIÓN S.A., presentó recurso de apelación de manera parcial, en relación con la devolución de los gastos de administración, toda vez que los mismos se encuentra autorizados por la ley, opera tanto para el RPM como para el RAIS; que, la ineficacia del traslado del demandante, sólo puede traer como consecuencia la devolución de los aportes, junto con sus rendimientos financieros generados con la buena gestión de PROTECCIÓN S.A.; que, se trata de comisiones ya causadas, representadas en la gestión de la AFP, cuya devolución en aplicación de las restituciones mutuas, implicaría que el actor no recibiera los rendimientos, porque si la comisión nunca debió haberse descontado tampoco se debieron generar rendimientos; que, acceder a la restitución de los gastos de administración, constituye un enriquecimiento sin causa por parte del actor.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., igualmente manifiesta su inconformidad respecto a la condena de devolución de gastos de administración, considerando que, es tercero de buena fe porque no fue a través de esa administradora que se efectuó el traslado del régimen del demandante; que, sólo recibió la afiliación efectuada por el actor de manera libre y voluntaria, sin tener en cuenta que la cadena de traslado y

demás afiliaciones estaban viciadas por alguna causal de ineficacia; que, durante el tiempo que el actor, estuvo vinculado con esa AFP, cumplió con su gestión, generando una serie de rendimientos financieros, que fueron trasladados a la AFP PORVENIR S.A., cuando el demandante, realizó el cambio de Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, señalando que, en el presente caso, no se cumple el precedente jurisprudencial, para declarar la ineficacia del traslado del demandante, porque el hecho generador del presente proceso es el descontento del demandante, con el valor de su mesada pensional circunstancia que no se puede imputar a la falta al deber de información por parte de las AFP demandadas, toda vez que la liquidación de la mesa a pensionar no se podía efectuar al momento de su traslado al RAIS, porque difiere en el tiempo, dependiendo de varios factores.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, manifestó que, el traslado inicial del demandante, al RAIS, obedeció a un acto totalmente independiente, autónomo y voluntario; que, si bien el señor VEGA VARÓN, manifestó en el curso del proceso que fue motivado su traslado por el cierre del Instituto de seguros sociales y la posibilidad de perder sus aportes dicha situación no ocurrió y por el contrario el actor ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, con los distintos cambios de Administradoras, efectuados dentro del mismo; que, cada régimen pensional, tiene sus propios beneficios y no se puede desconocer que lo que para un afiliado puede ser conveniente, para otros no; que, esa AFP, ha actuado de buena fe, no tuvo incidencia en el traslado inicial al RAIS, y ha contribuido con la generación de los rendimientos, y por tanto, no está justificada la devolución de los gastos de administración, ni la condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita que la decisión del A quo sea confirmada en su totalidad, ya que ninguno de los fondos privados aportó pruebas del cumplimiento de su deber de información, además de no presentar ningún documento o testimonio, no controvirtieron probatoriamente las afirmaciones y negaciones indefinidas en la demanda por eso afirma que deben ser probadas como ciertas. Por otra parte, SKANDIA requirió que se revoque el fallo en su integridad y también que se le absuelva de todas las pretensiones pues asevera que cumplió a cabalidad con el deber de información que le era exigido a la fecha de afiliación porque siempre actuó de buena fe en relación al traslado que este se realizó de manera libre, voluntaria y consiente habiéndose recibido la información de manera verbal y personalizada por consiguiente no existen documentos que logren probar de manera suficiente la amplia asesoría. Entre tanto, PORVENIR S.A. peticiono la revocatoria y su

absolución como quiera que cumplió con el Deber de información que le era exigido para la fecha en que se realizó el traslado, pues se debe recordar que la afiliación con PORVENIR S.A. se produjo con posterioridad, cuando el traslado ya se había materializado en otro fondo. Así mismo, alega que el actor era intelectualmente estructurada para esa época, contaba con la capacidad de sopesar los argumentos sobre los beneficios del traslado de régimen que le brindó el asesor a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, máxime cuando deja clara constancia de aceptación de que le fue informado todos los aspectos relativos al régimen de transición, aportes voluntarios y demás aspectos y requisitos característicos del RAIS, los cuales se dejan expresamente evidenciados en el formulario que firmó, entonces no es válido que después de 23 años, cuando evidenció que no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda que se deje sin efectos. Finalmente, COLPENSIONES insta en que se le absuelva puesto que el causante se encuentra dentro de la prohibición legal de la ley 797 de 2003 artículo 2, igualmente no existe prueba de que el traslado adoleció de algún vicio del consentimiento.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si ING hoy PROTECCIÓN S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; y, iii) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al

régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto

*al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»***

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

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

En el presente caso, al plenario se allegó solicitud de vinculación a DAVIVIR, suscrito el 27 de diciembre de 1994 (fl. 5 y 200); formulario de afiliación a pensiones obligatorias Skandia (fl. 6 y 273); solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 7 y 154); reporte de semanas cotizadas por el demandante en COLPENSIONES (fl.8); historia laboral consolidada del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 10-12); simulación del valor de la mesada pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls.13-16); solicitud de nulidad de traslado al RAIS, radicada ante la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, por el demandante, con sus respectivas respuestas negativas (fls. 17-31, 166-177); expediente administrativo del demandante en COLPENSIONES (CD fl. 126); formulario denominado declaración de ingresos percibidos mensualmente de la AFP PORVENIR S.A. (fl.155); solicitud de vinculación o traslado, fondo de pensiones voluntarias AFP PORVENIR S.A. (fl.156); consulta SIAF (fl.157, 204 y 285); historia laboral para bono pensional (fls. 158-158-159); relación de aportes en la AFP PORVENIR S.A. (fl.160-165); comunicación del 27 de diciembre de 1994, mediante la cual el

demandante, le informó a su empleador, el cambio de régimen pensional (fl. 201); formato de verificación de historia laboral de DAVIVIR (fl.203); constancia de traslado aportes expedida por PROTECCIÓN S.A. (fls. 215-208); respuesta de PROTECCIÓN S.A. a reclamación del demandante (fls. 209-210); solicitudes y respuestas de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (fls. 286-301); estado de cuenta Old Mutual Fondo de Pensiones Obligatorias (fls. 302-310); certificaciones de valores trasladados por OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 311-312).

Igualmente, dentro del curso del proceso, el demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, terminó la universidad y le ofrecieron continuar trabajando ahí, en el área de proyectos, la Universidad lo afilió al Seguro Social, pero fueron unas asesoras de DAVIVIR a ofrecer los servicios del Fondo privado de pensiones; que, en la Universidad, corría las voces del cierre de Seguro Social y entonces tenían que aprovechar que estaban los asesores de las Administradoras Privadas para cambiarse, no recuerda haber recibido ninguna capacitación o información clara y precisa, simplemente todos entendía que debían trasladarse; que, el formulario de traslado lo diligenció la asesora de DAVIVIR, en presencia suya, no leyó su contenido, ni la letra pequeña, simplemente iban diligenciando los datos y firmó; que, nunca entendió que existían condiciones distintas a las del Seguro Social, para pensionarse, creyó que se trataba de un cambio de entidad, y simplemente con el cierre del ISS, debían afiliarse a otro Fondo; que, posteriormente hizo cambios de administradoras, porque hablando con compañeros, le aconsejaron una y otra Administradora, y lo contactaron con los asesores para hacer el cambio; recuerda que lo más llamativo para realizar el cambio a otra Administradora, fue que una de ellas le ofreció recuperar el bono pensional; que, una familiar de su esposa, trabajaba en la AFP PORVENIR S.A., y en una oportunidad le comentó que estaba en SKANDIA OLD MUTUAL, ella le refirió que era mejor PORVENIR, porque no tenía tantas pérdidas y el accedió de manera libre y formularia a firmar el formulario de cambio, sin ningún conocimiento de las consecuencias o implicaciones de su traslado; que, acercándose la edad para pensionarse, empezó a mirar de cerca el tema y entendió que su pensión sería por un valor menor al de sus ingresos y que cada año podría podrían re liquidarla por menos, entonces pidió una simulación a la AFP PORVENIR, y descubrió que habría sido más conveniente para él permanecer en el RPM.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor LUIS ANDRÉS VEGA VARÓN, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se

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

De ahí que, existió error de hecho cuando DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS DAVIVIR S.A., el 27 de diciembre de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto; sin que los posteriores cambios de Administradora, a SKANDIA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, el 31 de agosto de 2006 y a la AFP PORVENIR S.A., el 29 de agosto de 2011, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, dado que los apoderados de PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL y la AFP PORVENIR S.A., se muestran inconformes con la orden impuesta a esos fondos encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver **los gastos de administración** y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).” (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad la AFP PORVENIR S.A., no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Los anteriores argumentos, resultan suficientes para confirmar la sentencia de Primera Instancia.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de junio de 2020, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUIS ANDRÉS VEGA VARÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

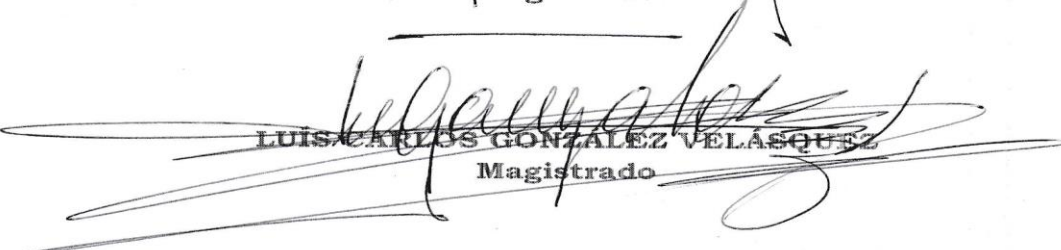
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes PROTECCIÓN S.A. OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado